



MARIA BEATRIZ SEABRA DE BRITO

**NOVAS TECNOLOGIAS E LEGALIDADE DA PROVA EM PROCESSO PENAL**

NATUREZA E ENQUADRAMENTO DO *GPS* COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA

DISSERTAÇÃO COM VISTA À OBTENÇÃO DE GRAU DE

MESTRE EM DIREITO

ORIENTADOR

PROFESSOR DOUTOR FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

SETEMBRO DE 2017





MARIA BEATRIZ SEABRA DE BRITO

**NOVAS TECNOLOGIAS E LEGALIDADE DA PROVA EM PROCESSO PENAL**

NATUREZA E ENQUADRAMENTO DO *GPS* COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA

DISSERTAÇÃO COM VISTA À OBTENÇÃO DE GRAU DE

MESTRE EM DIREITO

ORIENTADOR

PROFESSOR DOUTOR FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO

SETEMBRO DE 2017

## **DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTIPLÁGIO**

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, setembro de 2017

*[A]lém disso, em tudo que há mais e menos,  
é necessário haver coisas em ordem.*

(S. TOMÁS DE AQUINO, *SUMA CONTRA OS GENTIOS*, LIVROS III)

*[D]oors opened and closed, and they  
were in the analytical wing. Ahead of them rose  
impressive banks of equipment - the data-  
receptors, and the computing mechanisms that  
studied and restructured the incoming material.  
And beyond the machinery sat the three  
precogs, almost lost to view in the maze of  
wiring.*

*THE MINORITY REPORT*, PHILIP K. DICK

Aos meus pais  
À minha família e aos meus amigos, pelo essencial

## **CONVENÇÕES E ADVERTÊNCIAS**

As citações de monografia serão feitas inicialmente por autor, pelo seu título, pelo local de publicação, pela data e pela página, ao passo que os artigos científicos serão citados por autor, título, publicação ou obra coletiva onde se inserem, data e páginas. As citações subsequentes serão efetuadas apenas com referência ao autor, título e página da obra, ou, tratando-se de artigo científico ou inserido em obra coletiva, título do artigo e página. As citações sequenciais seguirão o critério de relevância considerado pertinente. A jurisprudência nacional será citada por tribunal, data, número de processo e relator, estando disponíveis para consulta no website da DGSJ ou do Tribunal Constitucional, exceto quando expressamente referido no texto. A jurisprudência internacional será citada por tribunal, designação atribuída (no caso de existir), processo e data.

O corpo da tese, incluindo espaços e notas de rodapé, contém 193 493 caracteres.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>AA.VV.</b>	Autores vários
<b>al.</b>	alínea
<b>art.</b>	artigo
<b>arts.</b>	artigos
<b>Ac.</b>	Acórdão
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof
<b>BVerfG</b>	Bundesverfassungsgericht
<b>cf.</b>	confira, conforme
<b>cit.</b>	citado, citada
<b>CPP</b>	Código de Processo Penal
<b>CRP</b>	Constituição da República Portuguesa
<b>n.º, n.ºs</b>	número, números
<b>p., pp.</b>	página, páginas
<b>proc.</b>	processo
<b>ss.</b>	seguintes
<b>STJ</b>	Supremo Tribunal de Justiça
<b>StpO</b>	Strafprozessordnung
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
<b>TRE</b>	Tribunal da Relação de Évora
<b>TRL</b>	Tribunal da Relação de Lisboa
<b>TRP</b>	Tribunal da Relação do Porto
<b>v.</b>	vide
<b>Vol., Vols.</b>	Volume, Volumes



## **RESUMO**

Os novos métodos de aquisição probatória, como o GPS, reivindicam novas soluções normativas que desafiam a disciplina probatória processual penal portuguesa. Na verdade, o atual quadro de aquisição probatória é marcado por soluções assistemáticas que lembram um jogo de Matrioskas, em que normas de previsão se vão sucessivamente aplicando e desaplicando até perderem o seu conteúdo normativo. Em nosso entender, deverão ser os princípios jurídico-constitucionais a primeira e essencial forma de adaptação do sistema aos desafios da era digital, no sentido da expansão da área de tutela típica dos direitos fundamentais. O atual modelo de aquisição probatório, por ser genericamente proibitivo, impõe um mandato de prévia, explícita e autónoma legitimação legal. Mais ainda, esse mandato deverá implicar a consagração de um edifício normativo próprio para os métodos ocultos de obtenção de prova. O GPS reclama um tratamento específico que não encontra cobertura em outro método de aquisição probatória legalmente consagrado. A final, deve o GPS ser incorporado como método oculto de obtenção de prova em processo penal em conformidade com o correto tratamento hermenêutico dos princípios jurídico-constitucionais.

## **ABSTRACT**

New methods of taking evidence, such as GPS, require the implementation of alternative legal solutions that will ultimately set new challenges to Portuguese criminal procedure. In fact, the current legal framework governing the admission of evidence is marked by the existence of measures that lack systemic logic, which resembles a “Matryoshka doll game” – a set of legal provisions that, due to its continuous and fragmented application, evolve into new forms that renders their normative content meaningless. In our understanding, constitutional principles of law represent the first and key solution to adapt the normative system to the challenges of the digital era, in order to broaden the scope of application of fundamental legal rights. The regulatory model governing the admission of evidence, set out under a rule of prohibition, demands clarity and precision from legal provisions allowing the admissibility of methods of criminal investigation. Also, this calls for the creation of an autonomous normative system governing covert means of obtaining evidence in criminal law. Indeed, GPS requires a specific regime, since it does not fall within the scope of other existing methods. In conclusion, GPS must be incorporated as a concealed method of taking of evidence in Portuguese procedural criminal law, in accordance with an adequate interpretation of constitutional law principles.

## INTRODUÇÃO

Em 1956, PHILIP K. DICK apresentaria em *The Minority Report* a promessa de uma investigação criminal infalível, com recurso a instrumentos pré-cognitivos (*precogs*) e aos mais sofisticados métodos científicos e tecnológicos, capazes de assegurar a videovigilância permanente dos cidadãos.

Em 2016, o Supremo Tribunal do *Wisconsin* (Caso *State v. Loomis*) definia a medida da pena a aplicar a um arguido com base num software de *machine learning*, forma de inteligência artificial assente em algoritmos matemáticos de previsão de dados como a etnia, o género ou a situação socioeconómica do acusado.<sup>1</sup>

Hoje como ontem, o *ser* da realidade vem impor-se ao *dever ser* das normas, exigindo-se ao Direito Processual Penal a capacidade de se adaptar ao mundo da vida, evoluindo no sentido da absorção de formas de aquisição probatórias impulsionadas pela radical mudança técnico-científica.

Sem prejuízo, não pode ignorar-se que o Estado de Direito enfrenta limitações na concretização de mecanismos de prevenção e repressão que sirvam o combate eficaz de novos fenómenos de criminalidade, tendencialmente mais rápidos e menos visíveis, designadamente no que respeita aos métodos ocultos de obtenção de prova.

Assim, é inevitável que os modos de aquisição probatória em processo penal acompanhem o caminho de progresso, contanto que o potencial de lesividade e de devassa do mundo científico e digital seja harmonizado com os valores jurídico-constitucionais essenciais de um Estado de Direito democrático.

Desde logo, os direitos fundamentais estão abertos ao desenvolvimento, devendo modelar-se ao progresso tecnológico e assim concretizar uma expansão tendencial da área de tutela típica, refletida na era da *protection-of-personhood version of privacy*.

Se bem entendemos, a convergência entre pontos de tensão implica não apenas reconhecer a necessidade de reforçar o lastro de aplicação dos princípios jurídico-constitucionais pré-existentes, como também de promover novas formulações garantísticas.

Em todo o caso, é indesmentível a premência da utilização, pelas instâncias de perseguição penal, de métodos ocultos digitais de obtenção de prova enquanto correlativo do impacto do progresso tecnológico nas novas formas de cometimento de crimes, em

---

<sup>1</sup> Supremo Tribunal do Wisconsin, Caso *State v. Loomis*, Proc. 881 N.W.2d 749 (Wis. 2016).

concreto, e para o que nos interessa, do GPS ou de formas de obtenção de dados satélite equivalentes.

Em termos simples, o GPS (*USA's NAVSTAR Global Positioning System*) é o mais utilizado Sistema de Navegação Satélite Global (GNSS - *Global Navigation Satellite System*), funcionando através de uma constelação de cerca de 20 satélites de cobertura global que permitem a captação e transmissão de dados.

As considerações tomadas acerca integração do GPS como método de obtenção de prova servem para qualquer outro sistema de Navegação Satélite Global que permita a obtenção de dados da mesma natureza, designadamente para o futuro sistema Europeu de GNSS Galileo, previsivelmente disponível a partir de 2019.<sup>2</sup>

Em nosso entender, a utilização de dados satélite é inevitável e de salutar, mas exige do legislador uma resposta diferente daquela que tem sido dada: o ritmo do progresso não admite silêncios e lacunas, ou o surgimento de soluções *desformalizadas* e atípicas, sendo certo que os atuais enunciados normativos do sistema carecem profunda renovação, a começar pela consagração de um edifício normativo próprio para os métodos ocultos de obtenção de prova.

Ponto fundamental é que a adaptação normativa do regime não seja indiferente às implicações prático-jurídicas dos princípios da legalidade, reserva de lei, reserva de juiz, proporcionalidade, e subsidiariedade, em articulação com a figuras das proibições de prova e dos métodos ocultos de investigação.

Defenderemos neste estudo que, por força do princípio da legalidade e do princípio da reserva de lei, o regime-regra de aquisição probatória processual penal é genericamente proibitivo ou sob regra de *permissão condicionada por habilitação legal expressa* (art. 125.º CPP), sendo excecionado pela previsão de normas de autorização à restrição de direitos fundamentais (habilitação legal).

Assim, contanto que todos os métodos de obtenção de prova se reconduzem a restrições de direitos fundamentais, a utilização de métodos de aquisição probatória nunca é irrelevante ao ponto de justificar a desproteção do mandato de reserva de lei e do princípio da legalidade, assim se afirmando a inadmissibilidade de métodos de obtenção de prova não legalmente habilitados.

---

<sup>2</sup> A Agência Espacial Europeia iniciou o projeto de lançamento de satélites da rede de Navegação Galileo, com o objetivo de criar um sistema global de navegação satélite próprio do espaço europeu que permita dispensar a utilização do sistema satélite norte-americano (GPS).

Por isso, nem o sistema de aquisição probatório processual penal pode afirmar a admissibilidade genérica de meios de prova ou métodos de obtenção de prova *atípicos*, nem o art. 125.º CPP pode ser encarado como uma “norma processual penal em branco” capaz de habilitar processualmente qualquer método aquisitivo de prova, sobretudo se ocultos e digitais, e por isso mesmo, especialmente insidiosos.

Sobressai, então, a necessidade de concretização material (previsão) e formal-procedimental (o “modus” aquisitivo) dos novos métodos ocultos de obtenção de prova, como condição essencial para a sua validade.

Neste estudo analisaremos a natureza material-substantiva do GPS como método oculto digital de obtenção de prova, com enfoque na Teoria do Mosaico e num renovado critério dinâmico de aferição de danosidade, concluindo pela impossibilidade de equiparação às formas de aquisição de prova tradicionais com eco na malha normativa.

À vista de um sistema de aquisição probatória genericamente proibitivo ou sob *permissão condicionada por habilitação legal expressa*, em que se exige a habilitação legal como condição de validade de uma forma da aquisição probatória, a demonstração da atipicidade do GPS bastaria para concluir pela sua inadmissibilidade.

Como veremos, o tecido normativo de aquisição de prova digital no sistema processual penal português não consagra, nem no CPP nem em diplomas extravagantes, o GPS como método de obtenção de prova, constituindo assim uma forma de obtenção de prova oculta atípica e, por isso, inadmissível.

Ensaçar vias de solução para o acolhimento normativo do GPS no sistema de aquisição de prova português serviu-nos de expediente para a reflexão aturada de toda a disciplina probatória processual penal, marcada por uma atipicidade e assistemática censuráveis, que lembram um jogo de Matrioskas em que normas de previsão se vão sucessivamente consumindo até se transformarem em disposições ocas.

Assim, o recurso ao GPS como método de obtenção de prova digital, oculto e, por isso, especialmente invasivo, só é possível depois de prévia, explícita e autónoma habilitação legal.

Tudo ponderado, o progresso técnico-científico do mundo digital reivindica a adaptação de conceitos e construções jurídico-dogmáticas, devendo a malha normativa do sistema processual penal português conformar-se com essa realidade do *ser* sem enfraquecer os limites da lei constitucional.

## CAPÍTULO I

### CONDIÇÕES DE VALIDADE PROCESSUAL E MÉTODOS OCULTOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

#### 1. AS PROIBIÇÕES DE PROVA COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE PROCESSUAL

O instituto das proibições de prova funciona essencialmente como “norma de proteção” que impõe às instâncias formais de controlo um dever geral de abstenção de toda e qualquer interferência indevida em matéria de direitos fundamentais.<sup>3</sup>

Convocando os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, as proibições de prova devem ser perspectivadas *[c]omo condições de validade processual da prova e, por isso, critérios da própria verdade material*,<sup>4</sup> assim se reconhecendo a existência de limites intransponíveis ao acesso à verdade em processual penal, onde nenhuma transação é possível.

O instituto das proibições de prova será perspectivado neste estudo enquanto pressuposto insuprível de validade de medidas restritivas de direitos fundamentais no domínio probatório em processo penal, com a finalidade essencial de imunizar o *[p]rocesso penal contra as consequências da violação da lei*.<sup>5</sup>

Como a breve trecho se verá, a disciplina normativa das proibições de prova é parte integrante de um sistema de aquisição probatório que entendemos ser *genericamente proibitivo* ou sob *permissão condicionada por habilitação legal expressa*, funcionando em articulação com o princípio da legalidade (art. 125.º CPP) como condição de validade material e processual da atividade probatória.

No essencial, e como melhor se verá, as considerações teórico-dogmáticas que se tomarão sobre proibições de prova servem à compreensão da sua função de *contra exceções* à restrição de direitos fundamentais no contexto de um sistema probatório genericamente proibitivo.

Melhor dito: se por “X” se entender “restrição de direitos fundamentais”, o sistema de aquisição probatório *genericamente proibitivo* impõe como regra “Não-X” (proíbe-se)

---

<sup>3</sup> Sobre a formulação dogmática de “direitos de defesa” e “normas de proteção”, designadamente por contraposição à noção de “direitos subjetivos”, veja-se ROBERT ALEXI, *Theory of constitutional rights*, (trad. Julian Rivers), Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 300.

<sup>4</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, fascículos policopiados correspondentes a Lições coligidas por Maria João Antunes*, Coimbra, Faculdade de Direito, 1988/89, pp. 133 e ss.

<sup>5</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, Reimpressão, 2013, p.59, *in fine*, citando ROGALL.

salvo se essa restrição de direitos fundamentais cumprir as imposições jurídico-constitucionais de legalidade e reserva de lei, caso em que se autoriza “X” (permite-se), sem prejuízo de uma eventual aplicação do instituto das proibições permitir ainda afastar a exceção de autorização, retomando o regime-regra “Não-X” (proíbe-se).

Tentaremos a breve trecho temperar a opacidade de algumas construções dogmáticas que se vão desenhando em volta das proibições de prova, aproximando-nos do seu verdadeiro sentido heurístico.

A começar, o legislador constituinte português conformou a malha normativa das proibições de prova em texto constitucional, dispondo o art. 32.º, n.º 8, CRP, que «[s]ão nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações».

Bem se compreende o fundamento material e axiológico desta referência porquanto as proibições de prova são mais do que instâncias de proteção de direitos fundamentais, concretizando interesses supra-individuais da comunidade e do Estado de Direito.<sup>6</sup>

Assim, o quadro normativo das proibições de prova, previsto tanto no art. 126.º CPP, como no art. 32.º, n.º 8, CRP, e ainda acrescido das disposições dispersas pela lei processual penal, traça limites à atividade probatória, excepcionando o entendimento maioritário - que contestamos - assente numa pretensa regra de liberdade de meios de prova e de métodos de obtenção de prova.

Neste passo, a importância das proibições de prova revela-se também na circunstância de, em grande lastro de aplicação, se dirigir às esferas da *obtenção*, *integração*, *produção* (*Beweiserhebungsverbote*) e *valoração* (*Beweisverwertungsverbote*) probatórias.<sup>7</sup>

Ao contrário do que acontece com a generalidade dos ordenamentos jurídicos que reconhecem o instituto das proibições de prova, o sistema português confere-lhes dignidade constitucional, procedendo a própria *norma normarum* à seleção dos direitos fundamentais cuja violação origina a sanção típica das provas proibidas.

Tudo o que se exige é, então, uma demarcação precisa do campo de compressão dos direitos fundamentais, necessariamente concretizada pelo legislador ordinário com o

---

<sup>6</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais», *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1985, p. 197.

<sup>7</sup> No direito italiano, para a distinção entre objeto da prova, realização da prova, procedimento probatório e valoração da prova, EUGENIO FLORIAN, *Delle prove penale*, Ed. Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1921, pp. 7-8.

recorte das permissões constitucionais, o que desde logo convoca a aplicação do art. 18.º CRP.<sup>8</sup>

Reconhecendo que o poder de restrição do conteúdo de direitos fundamentais é um poder vinculado,<sup>9</sup> o TC tem sido perentório em afirmar que «[q]ualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se (i) for autorizada pela Constituição (artigo 18º, n.º 2, 1ª parte) (ii) estiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em decreto-lei autorizado (artigo 18º, n.º 2, 1ª parte e 165º, nº 1, alínea b), (iii) visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido (artigo 18º, n.º 2, *in fine*); (iv) for necessária a essa salvaguarda, adequada para o efeito e proporcional a esse objectivo (artigo 18º, n.º 2, 2ª parte); (v) tiver carácter geral e abstracto, não tiver efeito retroactivo e não diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (artigo 18º, n.º 3, da Constituição)».<sup>10</sup>

Assim, o conteúdo de uma lei restritiva, e também o seu limite, incluirá necessariamente uma suficiente precisão, densidade e determinabilidade, como corolário da *reserva de lei*,<sup>11</sup> de uma certa aplicação do requisito “quality of the law”, e ainda do *princípio da proporcionalidade*.<sup>12</sup>

Em nosso entender, a restrição de direitos fundamentais implicada na atividade de aquisição probatória tem duas fases de condicionamento: (i) primeiro, no cumprimento das imposições jurídico constitucionais de autorização à restrição (art. 18.º CRP); (ii) depois, na verificação da conformidade subsequente com o instituto das proibições de prova (art. 32.º CRP).

Interessando-nos por ora o tratamento da segunda fase (proibições de prova), cumpre convocar algumas das construções teórico-dogmáticas mais marcantes, influenciadas

---

<sup>8</sup> Para melhores desenvolvimentos, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, 2007, pp. 524 e ss, [q]ualquer restrição de direitos, liberdades e garantias só é constitucionalmente legítima se [e]stiver suficientemente sustentada em lei da Assembleia da República ou em Decreto-Lei autorizado.

<sup>9</sup> JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 283-287.

<sup>10</sup> Ac. TC n.º 155/2007, de 02.03.2007, Proc. n.º 695/06, Relator Gil Galvão.

<sup>11</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa*, cit., p. 290.

<sup>12</sup> Não trataremos aqui da interessante questão de saber se a proibição do artigo 18.º, n.º 3, se reconduz a uma ideia de proporcionalidade. Em nosso entender, a ponderação de proporcionalidade relevante como argumento nesta matéria está em dois lugares: (i) no facto de o legislador estar autorizado, através de critérios de proporcionalidade, a realizar juízos de ponderação abstratos na determinação da “preferência” de um direito; (ii) no facto de o conteúdo da norma restritiva poder ser violadora do princípio da proporcionalidade se não estive suficientemente determinado (p. ex, não impondo limites temporais a uma medida restritiva de direitos fundamentais).



pelo ordenamento alemão: sem vocação de exaustividade, a *doutrina da ponderação de interesses* e a *teoria do domínio da informação*.

A doutrina da ponderação de interesses é tributária de um dos mais importantes casos de estudo sobre a matéria, *o primeiro caso do diário (Tagebuchfall, 1964)*,<sup>13</sup> e reflete a ponderação autonomizada do valor de uma justiça funcionalmente eficaz, tendo sido apresentada pelo BGH como forma de resolver a tensão entre o “interesse da perseguição penal” e “o imperativo de um processo conforme as exigências de justiça”.<sup>14</sup>

Julgamos, algo tautologicamente, que a incorreção desta teoria passa pelo carácter virtual do confronto dos interesses: se num Estado de Direito a realização da justiça não se faz sem o cumprimento das exigências de validade material e processual, então nada se opõe com o contraste entre *justiça penal efetiva*, promotora da perseguição penal do Estado, e *justiça penal conforme*, garantia de interesses individuais.

Se bem entendemos, caberá nesta parte ao legislador ordinário definir, de acordo com considerações político-criminais consolidadas, a ideia de disponibilidade de interesses e os limites da intromissão autorizada do Estado, em linha com os princípios jurídico-constitucionais aplicáveis.

Mais ainda, note-se que conferir ao legislador ordinário a demarcação do espaço de disponibilidade de direitos implica afirmar a inadmissibilidade de construções que subtraem *per se* um conjunto selecionado de interesses a uma lógica de ponderação, como pretenderia a *teoria dos três graus*.<sup>15</sup>

Assim, a dimensão material substantiva desta construção é estranha ao ordenamento jurídico português,<sup>16</sup> pronunciando-se o TC no sentido de que a fórmula “reserva de intimidade da vida privada” não pode ser interpretada restritivamente, de modo a

---

<sup>13</sup> Desde logo, na Decisão do BGH de 2 de fevereiro de 1964, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1964, pp. 1139 e ss., conhecida como “Primeiro Caso do Diário”. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., p. 28.

<sup>14</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit. p. 34.

<sup>15</sup> Teoria tributária do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que a referiu pela primeira vez em 1973, mas que nunca a aceitou, seguindo sempre a tese geral assente no princípio da ponderação. Assim, identifica-se a esfera da intimidade, área nuclear e inviolável da vida privada, como área subtraída a qualquer juízo de ponderação e sujeita a uma proteção absoluta; a esfera da área normal da vida privada como área que cede, mediante ponderação, perante a salvaguarda de interesses superiores; e finalmente a esfera da vida normal, sem carência de tutela.

<sup>16</sup> O TC formulou, pela primeira vez, uma definição do conteúdo do direito à reserva da vida privada no Ac. n.º 128/92, de 01.04.1992, Proc. 260/90, 2.ª Secção, Conselheiro Messias Bento, como constituindo o direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias, *i.e.*, como um direito a uma esfera privada onde ninguém pode penetrar sem autorização do respetivo titular. Veja-se, entre outros, o Ac. TC n.º 607/2003, de 05.12.2003, Proc. n.º 594/03, 2.ª Secção, Conselheiro Benjamin Rodrigues. A questão da dificuldade na demarcação das áreas concretas de afetação dos direitos é um obstáculo adicional que, todavia, não trataremos.

circunscrever a proteção constitucional à vida íntima, pois tal implicaria deixar de cobrir todas as outras esferas da vida que devem ser resguardadas como condição de salvaguarda da integridade e dignidade das pessoas.<sup>17</sup>

Assim, sem prejuízo da virtualidade desta teoria em reconhecer ao indivíduo uma dimensão de privacidade inquebrável, correspondente à área mais próxima do núcleo extremado da intimidade, a CRP não faz depender a operatividade normativa da proteção de direitos à proximidade do núcleo intangível da vida privada.<sup>18</sup>

Finalmente, em contraste com a doutrina da ponderação, a *doutrina dos direitos de domínio a informação*, de AMELUNG, tem especial interesse por elevar o domínio sobre a informação a direito subjetivo (*Informationbeherrschungsrechte*), sendo, nas palavras do Autor, um *[i]mportante princípio de legitimação das proibições de valoração*.<sup>19</sup>

Em termos simples, trata-se de uma construção que determina que seja o titular do direito subjetivo a decidir *quem, em que medida, e para que finalidade* pode ter acesso à informação, através de uma exigência primária de *proibição de intromissão*, e, depois, pela proibição de *conservação e utilização* da informação indevidamente obtida.

Assim, obtida ilegalmente informação com relevo probatório, reconhece-se à pessoa atingida uma garantia de não intromissão e uma pretensão de neutralização da informação ilegalmente obtida (*anspruch auf informationelle Folgenbeseitigung*), o que se revelará de especial interesse em matéria de obtenção/conservação de dados digitais.

Note-se ainda que esta construção serve de ponto de referência para distinguir *proibições de produção e proibições de valoração* e ainda *autênticas proibições de prova*<sup>20</sup> e *meras regras de produção de prova*.<sup>21</sup>

Aqui chegados, refira-se que parte das complexas considerações impulsionadas pelo ordenamento germânico são improfícuas no ordenamento jurídico português atenta a sua

---

<sup>17</sup> Entre outros, Ac. TC n.º 403/2015, de 27.08.2015, Proc. 773/15, Relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

<sup>18</sup> Também neste sentido, PAULO MOTA PINTO, «A proteção da vida privada e a Constituição», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, 2000, p. 162, no sentido de que «[o] Tribunal Constitucional não retirou desta noção de intimidade nenhum critério adicional, restritivo da protecção e, pelo contrário, no Acórdão n.º 128/92, o Tribunal fala de uma "esfera privada ou íntima" e de um "direito à intimidade ou à vida privada"».

<sup>19</sup> Cf. KNUT AMELUNG, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlin, 1990, p. 31.

<sup>20</sup> Note-se que só as proibições de produção de prova determinam um obstáculo à descoberta da verdade, tratando-se as regras de produção de prova de simples *[p]rescrições ordenativas de produção de prova cuja violação não pode acarretar a proibição de valorar como prova*. Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., p. 83.

<sup>21</sup> Esta construção assume ainda especial interesse por distinguir as proibições de valoração, assentes no incumprimento de pressupostos materiais geradores de desvalor de resultado, e os simples desvalores de ação, cominados perante o incumprimento de pressupostos formais.

relativa completude neste domínio, desde logo por se ter optado por uma solução de autonomização da disciplina dos métodos proibidos de prova (art. 126.º CPP).<sup>22</sup>

De facto, entre nós a malha normativa processual penal do sistema das proibições de provas é algo dispersa e complementada por um conjunto de normas sobre métodos e meios de prova que cominam nulidades (art. 103.º, n.º 5; art. 134.º, n.º 2; art. 129.º, n.º 3; art. 174.º, n.º 5; art. 177.º, n.º 1; art. 190.º), proibições de valoração (art. 58.º, n.º 5;) ou inadmissibilidades de uso da prova (art. 128.º, n.º 2; art. 129.º, n.º 3; art. 130.º, n.º 1; art. 147.º, n.º 4; art. 167.º, n.º 1; art. 179.º, n.º 3, art. 345.º, n.º 4; art. 355.º, n.º 1), nem todas correspondendo, ainda assim, a verdadeiras proibições de prova.

A este propósito, reconhecendo a complexidade da questão<sup>23</sup> de apurar os termos da relação entre o regime das proibições de prova e o regime das nulidades processuais,<sup>24</sup> o que no essencial se reconduz à interpretação do art. 118.º, n.º 3, CPP, entendemos que a construção mais correta, tributária de COSTA ANDRADE, é a que atesta que o regime das proibições de prova «[t]ranscende o regime das nulidades processuais, havendo, todavia, entre eles significativos momentos de continuidade, uma vez que formam sistema distintos, mas interpenetrados».<sup>25</sup>

Assim, o art. 126.º CPP assume especial valor hermenêutico por recortar, de maneira unitária, os métodos proibidos de prova, convocando a nulidade de qualquer prova obtida em violação juridicamente intolerável dos direitos de dignidade constitucional previstos no art. 32.º, n.º 8, CRP, e assim cominando a impossibilidade, absoluta (n.º 1) ou relativa (n.º 3), de serem valoradas no processo.

---

<sup>22</sup> Para além de não conter uma enumeração taxativa, este artigo não traduz uma aplicação exclusivista a instâncias formais de controlo, dirigindo-se também aos particulares. Neste mesmo sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit. p. 216. Sobre o carácter não taxativos das proibições de prova, JOÃO CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa perspectiva essencialmente Jurisprudencial», *Revista do CEJ*, 1.º Semestre 2006, n.º 4, p.175.

<sup>23</sup> Defendendo a independência completa entre o regime das nulidades processuais e proibições de prova, TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. 2, Lisboa, 1993, p. 151. Neste mesmo sentido, JOÃO CONDE CORREIA, *Contributos para a Análise da inexistência e das nulidades processuais*, Coimbra, 1999, pp. 156 e ss. Diferentemente, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Direito Processual Penal*, Vol. II, 5.ª Edição, Lisboa Verbo 2011, pp. 176 e ss. Ainda, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado, A Reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, 2009, pp. 136-137.

<sup>24</sup> O sistema italiano oferece uma solução original, sancionando no artigo 191 do Codice di Procedura Penale (1988) a violação das proibições de prova com a *inutilizzabilità*, dispondo que *[l]e prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate* e que *L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento*.

<sup>25</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, cit., p. 194. Também sobre esta questão, numa perspetiva que não acolhemos, mas que é original, HELENA MORÃO, «O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n.º 4, Out-Dez, 2006.

Como melhor se verá, defenderemos neste estudo que as proibições de prova funcionam no sistema de aquisição probatória como *contra exceções*, constituindo um crivo de aplicação subsequente que complementa um modelo de aquisição probatória assente na regra de *proibição na ausência de permissão*, ou *permissão condicionada por habilitação legal*.

Dito de outro modo, o regime-regra de aquisição probatória é genericamente proibitivo por força do princípio da legalidade e do princípio da reserva de lei, sendo excepcionado pela previsão de normas de autorização à restrição de direitos fundamentais (habilitação legal) e eventualmente *contra exceção* pela norma do art. 126.º CPP, dirigido à norma habilitante.

Assim, tanto o instituto das proibições de prova (art. 126.º CPP) como o princípio da legalidade da prova (art. 125.º CPP) constituem limites próprios de um modelo de aquisição probatório genericamente proibitivo.

No essencial, as proibições de prova devem ser perspetivas no sistema normativo de aquisição probatória em processo penal como um crivo de validade de medidas restritivas de direitos fundamentais, afigurando-se, por isso, especialmente relevante perscrutar de forma aturada a sua relação com o princípio da legalidade da prova (art. 125.º CPP), entendido neste estudo como primeiro e principal mecanismo de condicionamento de validade processual dos meios e métodos de obtenção de prova.

## **2. LEGALIDADE, RESERVA DE LEI E COMO O SILÊNCIO NÃO AUTORIZA A PRÁTICA**

A suficiente previsão legal de medidas limitativas de direitos fundamentais, materializada no *princípio da legalidade* (art. 125.º CPP), constitui condição essencial de validade de métodos de obtenção de prova e garantia de cumprimento dos mandatos constitucionais de reserva de lei, de proporcionalidade, e de segurança jurídica.

Assim, pela sua importância, o segmento normativo que dispõe que *são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei* (art. 125.º CPP) deve ser objeto de um cuidado tratamento hermenêutico, no sentido de se lhe revelar o sentido e alcance, com respaldo nas problemáticas da admissibilidade de provas atípicas e na taxatividade de métodos de prova proibidos.

Deve notar-se que a maioria da doutrina<sup>26</sup> vem entendendo que o princípio da legalidade da prova tem dupla significância, por um lado determinando a possibilidade de utilização dos meios de prova previstos que não sejam proibidos por lei, e, por outro, admitindo essa utilização quanto a qualquer meio, mesmo que não tipificado, que não seja abrangido pela restrição.

Neste mesmo sentido, dito de forma impressiva por GERMANO MARQUES DA SILVA, «[n]ão são só os meios de prova tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, mas ao contrário, são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos».<sup>27</sup>

Faz-se, portanto, a afirmação genérica de que o art. 125.º CPP consagra uma ampla liberdade de meios de prova, não apenas no sentido de que é admissível recorrer a todas as fontes e a todos os meios de convencimento (posto que não sejam proibidos), mas também no sentido de que nenhum facto tem a sua demonstração probatória ligada à utilização de um certo meio pré-estabelecido na lei.<sup>28</sup>

Por razões de interpretação textual e lógico-sistemática, de correção material da estrutura dos princípios jurídicos, e pelas regras de hermenêutica jurídico-constitucional, julgamos que do art. 125.º CPP não decorre uma regra de admissibilidade genérica de meios ou métodos atípicos, consagrando-se aí, em contrário, um *princípio (de liberdade dentro) da legalidade*.<sup>29</sup>

Em nosso entender, a lei não permite tudo aquilo que a lei não proíbe, sendo que os meios de prova / métodos de obtenção de prova não proibidos não ganham imediata admissibilidade, porquanto essa admissibilidade estaria dependente da consagração de um regime que os permita, em cumprimento do próprio mandato constitucional imposto pelo art. 18.º CRP.

No essencial, como todos os métodos de obtenção de prova se reconduzem a restrições de direitos fundamentais, que por sua vez estão recortadas por um princípio de reserva de lei, a interpretação constitucionalmente conforme do art. 125.º CPP implicará

---

<sup>26</sup> Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Direito Processual Penal*, cit., p. 136 e ss.

<sup>27</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Direito Processual Penal*, cit., pp. 167-168, acrescentando este Autor que «[p]roibindo a utilização de certos meios de prova, a norma consagra também, ao contrário do sistema de prova tarifada, a liberdade de prova, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, ou seja, que não sejam proibidos por lei».

<sup>28</sup> No entender de EDUARDO CORREIA, «Les preuves en droit penal portugais», *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XIV, janeiro-junho 1967, p. 33.

<sup>29</sup> No sentido desta interpretação, as aulas de Direito Processual Penal do Professor Doutor Frederico da Costa Pinto, turma de licenciatura, ano letivo 2014/2015, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

que qualquer meio de prova/obtenção de não legalmente habilitado esteja excluído do catálogo de meios à disposição das instâncias formais de controlo.

Desde logo, julgamos que parte dos problemas interpretativos resultam da construção textual que serve de apoio às construções que dela retiram uma *norma-regra de liberdade* (é admitido o que não for *proibido por lei*), o que desde logo revela alguma desconexão com a epígrafe do artigo, que consagra o *princípio da legalidade*.

Todavia, retirar sentido e alcance à disposição normativa implica não só ler a norma-texto à luz do seu enquadramento, *i.e.*, da sua epígrafe, como ainda da sistemática em que se insere, sendo certo que a *própria lei* processual penal impõe um princípio geral de legalidade (art. 2.º CPP) consabidamente integrado pela vertente de tipicidade.

De forma ligeiramente circular: se a legalidade condiciona a liberdade e a tipicidade integra a legalidade, então a tipicidade condiciona a liberdade, fazendo do regime regra a “tipicidade” dos meios de prova e dos métodos de obtenção de prova.

Assim, deve entender-se que o que é *proibido por lei* é não apenas aquilo que a lei proíbe em prescrição negativa, mas também aquilo que a lei deixa de permitir num contexto carecido de prescrição positiva, como o das medidas restritivas de direitos fundamentais.

Dito de outro modo, a disposição do art. 125.º CPP permite a liberdade de fontes de convencimento num contexto de legalidade, e o contexto de legalidade implica a previsão dos meios de prova legalmente admissíveis em cumprimento do subprincípio da tipicidade.

Em apertada síntese, a primeira e essencial conclusão é a de que o art. 125.º CPP não serve como fonte de habilitação legal genérica da atividade probatória atípica porquanto funciona a própria norma como *regra de proibição* ou de *permissão condicionada por habilitação legal*.

Por ser assim, o art. 125.º CPP não consagra uma regra de liberdade probatória, mas antes uma regra de liberdade dentro da liberdade, que nada acresce à imposição constitucional de reserva de lei.

Atendendo a que por imperativo constitucional está vedada qualquer restrição a direitos fundamentais não autorizada por lei expressa (art. 18.º CRP), e defendendo-se neste estudo que o art. 125.º CPP não consagra uma norma regra de habilitação legal genérica, facilmente se compreende que é incorreta a interpretação que considera que a liberdade de meios de prova só encontra limite naquilo que é proibido por lei.

Se bem entendemos, nenhuma restrição de direitos fundamentais determinada pela utilização de métodos de aquisição probatória é irrelevante ao ponto de justificar a desproteção do mandato de reserva de lei e do princípio da legalidade previsto no art. 125.º CPP, na interpretação que dele fazemos.

Assim, secundamos MEDINA DE SEIÇA quando refere que o problema da “liberdade” dos meios de prova deve ser ponderado no confronto com um «[m]odelo probatório conformado pela tutela dos direitos fundamentais das pessoas».<sup>30</sup>

Por um lado, uma eventual admissibilidade genérica de meios atípicos não supriria os problemas da ausência de um regime processual próprio que regulasse o “modus” de aquisição, sendo certo que o recurso a analogia estará naturalmente vedado nesta matéria.

Neste passo, e apesar de a norma do art. 4.º CPP referir expressamente o recurso à analogia, a sua intervenção do domínio probatório permite dispensar a existência de normas de restrição de direitos fundamentais.

Todavia, entendemos que por contrariar a proibição da atipicidade, permitindo a aplicação de formas aquisitivas probatórias que o legislador não quis necessariamente prever, é sempre «in malam partem», estando por isso, na esteira de FIGUEIREDO DIAS, vedada por resultar num «[e]nfraquecimento da posição ou numa diminuição dos direitos processuais do arguido».<sup>31</sup>

De resto, note-se que o recurso à integração por analogia só se admite contanto que se verifique uma lacuna de lei, *i.e.*, demonstrada a existência de uma incompletude normativa acompanhada de intenção reguladora e teleologia imanente à lei, caso contrário se estando perante uma simples falha de lei ou lacuna de previsão.

Ora, em matéria de adaptação do sistema probatório às novas realidades tecnológicas, nem sempre é claro em que circunstâncias o silêncio é resultado de uma incompletude ou apenas de uma opção de política legislativa de não regulação, só no primeiro caso se admitindo integração por analogia.

Sem prejuízo, admitimos naturalmente a inclusão de um meio de prova/método de obtenção de prova na norma-texto, nos limites do processo hermenêutico e argumentativo

---

<sup>30</sup> ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da Prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante», AAVV, *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias (org. Manuel da Costa Andrade, et al), 1ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 1408.

<sup>31</sup> MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, Almedina, 2016, p. 23. No sentido preciso de o recurso à analogia em processo penal estar vedado, sempre que venha a traduzir-se “num desfavorecimento do arguido”, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, fascículos policopiados correspondentes a Lições coligidas por Maria João Antunes*, cit., pp. 68 e ss. No mesmo sentido, o Ac. TC n.º 324/13, de 04.06.2013, Proc. 87/12, Relatora Conselheira Maria João Antunes.

de aplicação do direito, designadamente por recurso a todos as metodologias de interpretação.

Ainda assim, a ausência de um regime processual próprio que regule o “modus” de aquisição probatória contende com o cumprimento do princípio da proporcionalidade entendido como critério interpretativo (*ubi interpretativo, ibi proportionalitas*), ficando sempre por encarar um concreto regime de *lesividade* com que sopesar à utilidade da medida na sua aplicação concreta no momento da interpretação normativa.<sup>32</sup>

Do que acima se disse resulta para nós que o sistema de aquisição probatório processual penal não se limita a admitir excecionalmente *os meios de prova ou métodos de obtenção de prova atípicos*, afirmando na verdade a sua inadmissibilidade na ausência de norma legal habilitante própria ou derivada (por interpretação).

Em apertada síntese, o art. 125.º CPP deve ser interpretado de forma a limitar a admissibilidade de meios de prova/métodos de obtenção de prova atípicos por serem carecedores de habilitação legal própria ou derivada.

Em sentido próximo, MEDINA DE SEIÇA considera que «[o] artigo 125.º, que condensa e exprime em termos normativos o essencial daquele princípio, nem se limita a uma mera regra de exclusão, vedando formas de aquisição proibidas, nem a uma estrita regra de “permissão” ou “inclusão”, ao abrir caminho a vias não previstas, sob pena de nos cingirmos a uma leitura literalista, quase tautológica, diríamos, do preceito e do conteúdo normativo nele incorporado».<sup>33</sup>

Ora, a interpretação que se nos afigura correta do princípio da legalidade significa precisamente que a atividade probatória limitadora da liberdade geral de atuação do cidadão constitui o regime excecional, a admitir por via da permissão e, bem assim, que a atividade probatória se exprime, por via de regra, pela *proibição na ausência de permissão*, ou *permissão condicionada* (pela habilitação legal).

Dito de modo impressivo por SYDOW, «o princípio da legalidade (...) limita a atuação dos órgãos estaduais face ao indivíduo numa dupla direção. Ele significa, por um lado,

---

<sup>32</sup> Neste sentido, entendemos que a interpretação da norma implica, ela própria, operações de ponderação que ficariam condicionadas na ausência de uma norma específica habilitante, JONAS CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff publishers, Leiden, 2009, p. 224, referindo «[t]he interpretation and application of the ECHR commonly entails a measure of weighing and balancing of counter-vailing interests. [...] In that sense, Sebastian van Droogbroeck is right in saying that where there is interpretation, there is proportionality (*ubi interpretativo, ibi proportionalitas*)». Ainda, VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Almedina, 2017, p. 468.

<sup>33</sup> ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da Prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal», cit., p. 1408.



que as agressões à liberdade geral de ação só serão admissíveis quando permitidas por norma legal de autorização. Nisto se traduzo princípio da reserva de lei ou o princípio da legalidade em sentido positivo».<sup>34</sup>

Antecipando contestações, poder-se-ia entender, sem razão, que a interpretação que fazemos do sistema de aquisição probatória (*a proibição na ausência de permissão*) retiraria o sentido útil à disposição constitucional prevista no art. 32.º, n.º 8: a circunstância de a regra ser *a proibição na ausência de permissão* implicaria a inutilidade de uma *disposição proibitiva adicional* (proibições de prova).

Assim, a circunstância de as proibições de prova constituírem *norma-exceção proibitiva* serviria de ponto de sustentação para a afirmação de que a *norma-regra* seria necessariamente a permissão genérica.

Todavia, a exigência de uma norma legal de autorização expressa não conflitua com a existência de uma disposição normativa que reflete proibições de prova, salvo se as proibições de prova apenas se dirigissem a meios de prova (ou métodos de obtenção de prova) atípicos, o que não é o caso.

Ora, acontece que no quadro do sistema normativo expresso, o modelo das proibições de prova não se dirige apenas, nem sequer sobretudo, a situações omissivas (meios atípicos), tendo um lastro de aplicação prevalecente dirigido à atividade probatória já prevista e regulada, e funcionamento assim como uma espécie de “contra-exceção”.

Assim, o art. 126.º CPP tem aplicação para além das situações atípicas, servindo de limite de validade quanto à atividade probatória típica regulada, e por isso não “concorrendo” nessa matéria com a interpretação que aqui fazemos do *princípio da liberdade dentro da legalidade* (art. 125.º CPP), que se dirige prevalecentemente aos meios ou métodos atípicos, impondo a sua inadmissibilidade.

Assim, falece o argumento potencial de que o instituto das proibições de prova, enquanto *norma-especial* de proibição deixaria de ter uso num regime probatório genericamente proibitivo.

Em nosso atender, o que se verifica é que num primeiro momento o quadro normativo-regra da atividade probatória é genericamente proibitivo, sendo depois excepcionado pela permissão por via de habilitação legal, e eventualmente contra excepcionado pelo regime das proibições de prova, nos casos em que da própria atividade realizada e regulada resulte a compressão dos interesses e princípios protegidos.

---

<sup>34</sup> Cf. FRITZ SYDOW, *Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Würzburg, 1976.

De resto, não é excessivamente oneroso para o mandato de perseguição penal a ideia de necessidade de habilitação legal, porquanto ela não passa obrigatoriamente pela inclusão expressa de um meio de prova ou meio de obtenção de prova, mas também por todas de integração de um regime na lei por meio de interpretação.<sup>35</sup>

A interpretação que fazemos do princípio da legalidade não preclui o reconhecimento de métodos atípicos de obtenção de prova, desde que em conformidade com os princípios jurídico-constitucionais aplicáveis e na condição de estarem inseridos num “modus” aquisitivo tipificado, não se admitindo a sua validade por via de soluções desformalizadas.<sup>36</sup>

Assim, com MEDINA DE SEIÇA, deve ser de admitir, «[e]m casos excepcionais e sob apertados requisitos (...) o recurso a meios de prova não previstos. [P]orém, a decisão sobre a admissibilidade em concreto de uma forma probatória inominada encontra-se sujeita a parâmetros de validade ainda mais apertados do que os aplicáveis às provas tipificadas».<sup>37</sup>

Em nosso entender, consideramos constituir condição de validade de meios de prova ou métodos de obtenção de prova atípicos:

- (i) A existência de uma disciplina normativa que trate do “modus” aquisitivo/de realização probatória, regulando os limites da invasividade;
- (ii) A conformidade com o princípio da proporcionalidade entendido como método interpretativo, fazendo-se um juízo de admissibilidade em concreto atendendo à relação entre o nível de sacrifício a impor aos direitos fundamentais envolvidos e o interesse de perseguição penal.

Como melhor se verá, o estabelecimento de um método processualmente válido de realização de prova serve como medida imprescindível de controlo de validade de uma determinada forma probatória, correspondendo no essencial a uma garantia de defesa imposta por imperativo constitucional (art. 32.º CRP).

De resto, o mandato de legalidade deverá precisamente dirigir-se, em matéria de restrição de direitos fundamentais, à previsão do meio/método e do respetivo “iter”

---

<sup>35</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, 12.ª reimpressão, 2000, pp. 26 e ss. KARL ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 9.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, pp. 54 e ss.

<sup>36</sup> Assinalando a importância do “modus” de aquisição no caso específico do GPS, a Decisão do Tribunal de Cassação (França), de 07 de junho de 2016, *Chambre Criminelle*, proc. n.º 15-87755.

<sup>37</sup> ALBERTO MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da Prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal», cit., p. 1409. Ainda neste sentido, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «Legalidade da prova e provas proibidas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, ano 21, n.º 4, p. 565.

procedimental, sendo especialmente revelador, nesta matéria, aquilo que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>38</sup> vem entendendo como “qualidade da lei”, significando que a lei deve utilizar uma construção normativa com clareza bastante para que qualquer cidadão compreenda as circunstâncias e condições que habilitam o poder público a fazer deles uso.

Entendemos, assim, que a necessária habilitação legal imposta pelo princípio da legalidade e da reserva de lei constitui o principal crivo de admissibilidade de formas de aquisição probatórias, mantendo o instituto das proibições de prova a sua pertinência dogmática e prática em relação a todas as outras situações que hoje fazem parte do seu lastro de aplicação, mas nada dizendo acerca da problemática dos métodos de obtenção de prova atípicos.

Adicionalmente, o art. 125.º CPP não pode ser encarado como uma “norma processual penal em branco”<sup>39</sup> capaz de habilitar processualmente qualquer meio probatório de invasão e devassa, sob pena de contrariar formalmente a imposição constitucional do art. 18.º CRP, constituindo uma restrição de direitos inválida na medida em que equivale a uma *[a]alteração de normas constitucionais de direitos através da lei*.<sup>40</sup>

Assim, entendemos que merecem reparo as construções (i) que dispensam a existência de norma legal habilitante de formas de aquisição probatórias restritivas de direitos fundamentais, admitindo genericamente meios e métodos de obtenção atípicos; (ii) que *não* dispensam a existência de norma legal habilitante de formas de aquisição probatórias restritivas de direitos fundamentais, mas que encaram o art. 125.º CPP como norma geral habilitante em branco de toda a qualquer forma aquisitiva atípica.

Em apertada síntese, tanto o princípio da legalidade como a figura das proibições de prova consagram condições de validade de atividade probatória, operando, em nosso entender, a disciplina normativa de produção de prova em regime de *proibição* na

---

<sup>38</sup> O requisito “qualify of the law” aparece pela primeira vez referido da Decisão do TEDH de 14.04.1990, Caso *Kruslin y Huvig v. France*, Proc. 11105/84, aí se referindo «[m]ust be of a quality such that it is sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication of the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence, and it must define the scope and manner of exercise of such a power clearly enough to give the individual adequate protection from arbitrary interference [...]».

<sup>39</sup> Em sentido não absolutamente coincidente, mas entendendo que *as leis existentes não podem, com efeito, ser encaradas como normas penais em branco, marcadas pela plasticidade e abertas à subsunção dos novos meios tecnológicos de invasão e devassa*, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão passado*, cit., p. 113.

<sup>40</sup> VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 457.

*ausência de permissão*, ou *permissão condicionada*, e assim postulando invariavelmente a necessidade de uma habilitação legal que não encontra cobertura no art. 125.º CPP.

### 3. MÉTODOS DE OBTENÇÃO DE PROVA ATÍPICOS, MODELO PROCESSUAL PENAL PORTUGUÊS E RESERVA DE LEI

O apelo à interpretação do art. 125.º CPP de acordo com uma ideia de *liberdade dentro da legalidade* ou *legalidade* tem ressonância no entendimento acerca dos limites e pressupostos da atividade probatória.

Desde logo, no que aqui defendemos, a imposição de habilitação legal implicará concluir que a disciplina da produção de prova em processo penal opera, por via de regra, numa lógica de *proibição* na *ausência de permissão*, ou *permissão condicionada*.

Como se viu, este entendimento decorre de certa interpretação literal do segmento normativo previsto no art. 125.º CPP (*liberdade*) no contexto da respetiva epígrafe (*legalidade*).

Todavia, é pouco menos que evidente que, também à luz do atual quadro normativo constitucional, as agressões às liberdades individuais só são permitidas por força de norma legal de autorização, como decorre princípio da reserva de lei em sentido material e da legalidade em sentido positivo, e que essa autorização não se extrai da norma do art. 125.º CPP, que configura ela próprio uma norma de limitação.

Com GÖSSEL, numa reflexão a propósito do sistema germânico, mas cujo sentido e alcance pode ser emprestado ao nosso ordenamento, «[a]s buscas, apreensões, revistas, e outras medidas de coerção contendem, por via de regra, com direitos fundamentais ancorados na Constituição. E carecem, por isso, das formas específicas de legitimação legal contidas na StPO e que definem os pressupostos de uma agressão permitida e conforme ao direito».<sup>41</sup>

Ora, é evidente que a reflexão acerca do quadro probatório não pode fazer-se em desatenção ao sistema constitucional, refletido nos desígnios político-criminais do legislador ordinário, nem tampouco desconsiderando a estrutura do modelo processual penal.

Assim, apurar e o sentido e o alcance do art. 125.º CPP passará necessariamente pela sua contextualização no respetivo ambiente processual probatório, interpretando-se o

---

<sup>41</sup> KARL-HEINZ GÖSSEL, «As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 3, Set. 1992, p. 412.

normativo no contexto da estrutura reitora do nosso ordenamento processual penal e do universo jurídico constitucional.

A este propósito, a evolução para um modelo de estrutura acusatória (integrado por um princípio de investigação),<sup>42</sup> que consagra uma pretensão de verdade material processualmente válida, deve ter respaldo nas áreas do direito probatório, no sentido de implicar uma interpretação do regime que privilegie formas progressivamente mais garantísticas, ainda que não paralisantes, da descoberta da verdade.

Em nosso entender, a existência de um modelo de estrutura acusatória condiciona de maneira determinante o tecido normativo do direito probatório processual penal, privilegiando, no sopesar entre *meios* e *fins* do processo penal, os primeiros, e assim subordinando a *liberdade* probatória a dimensões de *legalidade*, *constitucionalidade*, e controlo probatório com respaldo nos direitos de defesa do arguido.

A acrescer a esta razão, nas palavras impressivas de CAVALLONE, questiona-se «[q]ue significado e valor jurídico se deverá atribuir à disciplina normativa da instrução probatória quando se possa impunemente prescindir dela, invocando a não taxatividade do “catálogo” das *species probationum*».<sup>43</sup>

Assim, as considerações acerca da admissibilidade de um meio probatório atípico não devem ignorar o valor irrefragável do *modus de produção* de prova como instância de controlo da atividade probatória e, bem assim, como garantia de defesa do arguido, dirigindo-se o mandato de legalidade, como bem entende CASTANHEIRA NEVES também ao procedimento de aquisição: «[r]estrições que a legalidade processual impõe já à utilização de quaisquer meios de prova (...) e ao modo da sua produção».<sup>44</sup>

De resto, uma interpretação do princípio contido no art. 125.º como consagrando uma regra de liberdade probatória refletida na admissibilidade de meios de prova é geradora de graves assimetrias normativas.

Senão veja-se: se o incumprimento do modo processualmente válido de realização da atividade probatória é gerador de graves vícios processuais (*maxime*, a nulidade prevista no art. 118.º CPP)<sup>45</sup> dificilmente se compreende que uma realização probatória

---

<sup>42</sup> Sobre o princípio da acusação e a estrutura acusatória do processo, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal, fascículos policopiados correspondentes a Lições coligidas por Maria João Antunes*, cit., p. 99 e ss. Também, TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, cit., p. 51 e ss. Ainda, FREDERICO DE LACERDA DA COSTA PINTO, *Direito Processual Penal. Curso Semestral, fascículos policopiados*, Lisboa, AAFDL, 1998, p. 220 e ss.

<sup>43</sup> BRUNO CAVALLONE, «Critica della teoria delle prove atipiche», *Rivista di Diritto Processuale*, 1978, p. 681.

<sup>44</sup> ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968, p. 47.

<sup>45</sup> Cf. MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 85.

desligada de qualquer procedimento não seja cominada com nenhuma espécie de sanção processual, gerando, entre outros, violação evidente do princípio da proporcionalidade.

Neste estudo defendemos que os termos a que a *aquisição e produção de prova* (“modus” de aquisição) deve obedecer são indispensáveis à luz das garantias de defesa do arguido, contendo a sua ausência com o direito à prova em sentido lato, com os direitos de defesa do arguido, com o princípio da reserva de lei e legalidade, e com o princípio da proporcionalidade.

Assim, o recorte normativo das formas probatórias atípicas não deve silenciar a relevância do seu *modus* de realização, sob pena de se gerarem dificuldades inultrapassáveis nos casos em que não seja possível incluí-las em parâmetros de validade aplicáveis às formas probatórias já tipificadas.

Traçados os limites decorrentes das opções político-criminais do legislador, refletidas num modelo processual acusatório predominantemente garantístico, e dirigido a todos os momentos probatórios (admissibilidade da atividade provatória, produção de prova, valoração de prova),<sup>46</sup> deve voltar a notar-se que o mandato de habilitação legal é uma imposição constitucional.

Nestes termos, importa referir que a Constituição oferece ao legislador ordinário um campo considerável de possibilidades de compressão de direitos fundamentais à luz da disposição normativa prevista no art. 18.º, n.º 3, muito embora este poder de restrição de direitos fundamentais seja «[u]m poder excecional no plano normativo, não apenas porque necessita de ser utilizado, mas também porque não se justifica como regra».<sup>47</sup>

A outro passo, os direitos, liberdades e garantias estão sob reserva de lei material,<sup>48</sup> tal significando que qualquer intervenção restritiva necessitará de “prius normativo” legitimador, demarcando a atuação do legislador ordinário e do intérprete, e impondo a previsão legal de um regime restritivo de direitos fundamentais como requisito imprescindível de admissibilidade.

---

<sup>46</sup> Em sentido muito próximo, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, «Legalidade da prova e provas proibidas», cit., p. 548.

<sup>47</sup> Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., p. 287.

<sup>48</sup> Conforme referem J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., pp. 512 e ss, «[a] reserva de lei tem aqui um duplo sentido: (a) reserva de lei material, que significa que os direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos (ou regulados) senão por via de lei e nunca por regulamento, não podendo a lei delegar em regulamento ou diferir para ele qualquer aspecto desse regime (b) reserva de lei formal, o que significa que os direitos, liberdades e garantias só podem ser regulados por lei da AR ou, nos termos do artigo 165.º, por decreto-lei governamental devidamente autorizado[...].».

Todavia, a reserva de lei, como condição de restrição de direitos fundamentais (art. 18.º, n.ºs 2 e 3), não exige apenas uma intervenção legislativa geral e abstrata, impondo-se, em contrário uma *[e]xigência de determinabilidade ou densidade normativa da lei*.<sup>49</sup>

Ora, no entendimento dominante, a autorização legal da restrição concretiza-se, quanto à malha normativa probatória do sistema processual penal, pela disposição normativa prevista no art. 125.º, que, por consagrar (aparentemente) uma norma-regra da liberdade de meios de prova, habilita genericamente a introdução de meios atípicos de produção probatória.

Em nosso entender, trata-se de um resultado interpretativo que transforma a norma do art. 125.º CPP numa *norma legal em branco*, inadmissível por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, e como já se disse, do sentido e alcance do princípio consagrado no art. 125.º CPP (regra de *proibição na ausência de permissão*, ou *permissão condicionada*) não se pode retirar um mandato genérico para a restrição de direitos fundamentais, atendendo a que a norma nem sequer postula um mandato de habilitação, estabelecendo, se tanto, uma norma de *permissão condicionada por habilitação legal* (liberdade *dentro* da legalidade).

Depois, fazer derivar deste princípio uma autorização indiferenciada e ilimitada de restrição de direitos fundamentais contenderia de modo invencível com os princípios de hermenêutica jurídico-constitucional.

Desde logo, com o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva, de acordo com o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, devendo em caso de dúvida preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.<sup>50</sup>

Neste mesmo sentido, veja-se FIGUEIREDO DIAS, quando refere a exigência jurídico-constitucional de não diminuição, pela legislação ordinária e pela sua aplicação, da «[e]xtensão e do alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais em matéria de direitos, liberdades e garantias».<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> VITALINO CANAS, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, cit., p. 465.

<sup>50</sup> Parecer do Conselho Consultivo da PGR, P001122002, 10-04-2003, Relatora FERNANDA MAÇÃS. Sobre este princípio e, genericamente, sobre os métodos de interpretação constitucionais, KONRAD HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, trad. Pedro Cruz Villalon, 2.ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

<sup>51</sup> JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a revisão de 2007 no Código de Processo Penal Português», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-setembro de 2008, Coimbra Editora, p. 384.

Isto dito, as regras próprias de hermenêutica constitucional e o contexto do modelo processual penal de estrutura acusatória impõem que a validade de aquisição probatória esteja dependente de uma delimitação da concreta malha normativa aplicável, que não se basta nem se confunde com o estabelecido no art. 125.º CPP.

Em apertada síntese, o art. 125.º CPP não se confunde nem substitui a necessária habilitação legal expressa imposta pelo princípio da reserva de lei e da legalidade como pressuposto de validade das formas de aquisição probatórias.

#### **4. MÉTODOS OCULTOS DE OBTENÇÃO DE PROVA: REQUISITOS MATERIAIS, PROCEDIMENTAIS E ORGÂNICOS**

Um Estado de Direito Democrático não promove a normalidade de uma vigilância secreta dos seus cidadãos.

É evidente que o carácter oculto ou secreto dos métodos ocultos de obtenção de prova lhes empresta, à luz dos princípios jurídico-constitucionais, uma danosidade qualificada que impõe um específico tratamento dogmático e normativo e que em nosso entender justificaria, sem mais, a consagração de um edifício normativo exclusivo e autónomo.<sup>52</sup>

Veja-se, desde logo, que são métodos ocultos de obtenção de prova os que «[r]epresentam uma intromissão nos processos de acção, intercção, informação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que as mesmas disso tenham consciência ou sequer se apercebam»,<sup>53</sup> neles se incluindo, como melhor se verá, o GPS.

Seguindo de perto HANS-JÖRG ALBRECHT sobre esta matéria, «[o]s métodos de investigação encobertos ou secretos são ocultados ao arguido e tornam os convencionais direitos do arguido obsoletos; são abrangentes e incidem sobre um elevado número de terceiros, geram um elevado número de informações relativas [...]; incluem informações

---

<sup>52</sup> Defendendo a exclusão liminar da admissibilidade de métodos ocultos de investigação atípicos, PAULO DE SOUSA MENDES, «A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento», AA.VV., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, 2013, pp. 1379-1380.

<sup>53</sup> A propósito deste assunto e da insuficiência da reforma de 2007 ao CPP, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado*, cit., pp.106-107, referindo que «[n]o plano material-substantivo, os métodos ocultos de investigação sacrificam, à passagem, um espectro de bens jurídicos ou de direitos fundamentais tão eminentes como: privacidade/intimidade, palavra, imagem, sigilo profissional, inviolabilidade de domicílio, segredo de estado, sigilo das telecomunicações, confidencialidade e integridade dos sistemas técnico informacionais (Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme), autodeterminação informacional».



independentemente do direito de não prestar declaração das testemunhas; incluem informações independentemente da intimidade e fiabilidade da comunicação».<sup>54</sup>

Antecipando soluções, entendemos que, por configurarem invariavelmente um sacrifício reforçado de direitos fundamentais, os métodos ocultos de obtenção de prova, como o GPS, estão sujeitos a exigências particularmente rígidas de reserva de lei, só sendo admitidos na medida em que gozem de expressa, específica, e detalhada consagração, obviamente não admitindo o recurso a analogia.<sup>55</sup>

Nesta linha, deve notar-se que as instâncias formais não têm sido indiferentes ao reconhecimento de formas reforçadas de devassa, destacando-se nesta sede a muito recente Deliberação da Comissão Nacional de Proteção de Dados, n.º 1008/2017, de 18 de julho de 2017, que afirma a prevalência dos direitos fundamentais ao respeito pela vida privada, pelas comunicações e pela proteção de dados pessoais *[c]om grande amplitude e intensidade*, assim desaplicando a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, e dando cumprimento a orientações do TJUE<sup>56</sup> e da própria CRP.

Mais ainda, a inadmissibilidade de integração analógica dos regimes processuais dos métodos ocultos tem sido dominante na jurisprudência mais influente, destacando-se a recente Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, de 19 de abril de 2012,<sup>57</sup> que se pronuncia marcadamente contra a possibilidade de interpretação analógica do regime da interceção de comunicações, pela circunstância de estarem sujeitos a reserva de lei.

Ora, comece por notar-se que a racionalidade da proibição de alguns meios de prova ou métodos de obtenção de prova assenta, hoje como ontem, na projeção processual da

---

<sup>54</sup> HANS-JÖRG ALBRECHT, «Vigilância das telecomunicações: análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos», *Que futuro para o direito processual penal*, (dir. Mário Ferreira Monte), Coimbra, 2009, p. 726.

<sup>55</sup> Neste mesmo sentido, MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral, in *Que futuro para o direito processual penal?*», *Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, coord. de Mário Ferreira Monte [et al.], Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 541.

<sup>56</sup> Decisão do TJUE, de 21 de dezembro de 2016, Caso Tele2 Sverige AB, Proc. C-203/15, «*[i]n the light of Articles 7, 8 and 11 and Article 52(1) of the Charter of Fundamental Rights [...] must be interpreted as precluding national legislation governing the protection and security of traffic and location data and, in particular, access of the competent national authorities to the retained data, where the objective pursued by that access, in the context of fighting crime, is not restricted solely to fighting serious crime, where access is not subject to prior review by a court or an independent administrative authority, and where there is no requirement that the data concerned should be retained within the European Union*». Ainda, a Decisão do TJUE, de 21 de dezembro de 2016, Caso *Secretary of State for Home Department v Tom Watson and Others*, Proc. C-698.

<sup>57</sup> Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, de 19 de abril de 2012, Proc. n.º 28997: «*[l]'Autorità giudiziaria non può prendere segretamente cognizione della corrispondenza epistolare in applicazione analogica della disciplina delle intercettazioni telefoniche*», concluindo que «*[i]ntercettazione di corrispondenza epistolare è attuata in violazione della legge, con la conseguente inutilizzabilità, a norma dell'art. 191 c.p.p., delle risultanze acquisite*».

ideia de um Estado *de mãos limpas*, ou, em termos equivalentes, numa certa construção do princípio da lealdade do Estado.<sup>58</sup>

Esta consideração deve valer como ponto de referência para compreender as limitações que o Estado de Direito enfrenta na concretização de mecanismos de prevenção e repressão que sirvam o combate eficaz de novos fenómenos de criminalidade, tendencialmente mais rápidos e menos visíveis, designadamente no que respeita aos *métodos ocultos de obtenção de prova*.

Assim, defendemos neste estudo a utilização, nos limites constitucionalmente autorizados, de métodos ocultos digitais de obtenção de prova no plano da prevenção e repressão, enquanto correlativo do impacto do progresso tecnológico nas novas formas de cometimento de crimes.

O Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG), em Decisão de 22 de fevereiro de 2008, vem precisamente reconhecer as evidentes vantagens na utilização, pelo Estado de Direito, de métodos ocultos em obtenção de prova, em causa estando as chamadas buscas *online* (ocultas), destacando, desde logo, que «[p]ela circunstância de se tratar de um método oculto de obtenção de prova, o visado não está prevenido para o futuro, ao contrário do que aconteceria num caso típico de uma busca domiciliária, que é realizada abertamente».<sup>59</sup>

Ora, é precisamente por consubstanciarem uma intromissão nos processos de ação, interação e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto ou dele se apercebam, assumindo um carácter de invasividade qualificada, que carecem de habilitação legal específica e especialmente detalhada.

Neste mesmo sentido já se pronunciou de forma apodítica o BGH, em Decisão de 31 de janeiro de 2007,<sup>60</sup> sustentando que «comparada com as buscas abertas reguladas nos § 102 ss da StPO, toda a busca oculta configura, por causa da sua elevada intensidade invasiva, uma medida coerciva com um novo e autónomo carácter, e precisamente por isso a busca online não é admissível na ausência de habilitação legal, não se podendo retirar do § 102 StPO a autorização de métodos ocultos de obtenção de prova».

---

<sup>58</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, cit., p. 524. Veja-se, a este propósito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «Do princípio da “objectividade” ao princípio da “lealdade” do comportamento do ministério público no processo penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128, 1995, p. 352: «[o] juiz deve exclusivamente «examinar a admissibilidade da medida requerida (...) o juiz do inquérito não pode em caso algum examinar a utilidade da media solicitada.» Cf. MARZIA FERRAIOLI, *Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminar*, Padova, CEDAM, 1993, p. 135.

<sup>59</sup> BVerfG, 27.02.2008, 1 BvR 370/07, BvR 595/07.

<sup>60</sup> BGH, 31.01.2007, StB 18/06.

Em semelhante sentido, também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em decisão de 2 de setembro de 2010, que adiante se tratará detalhadamente, vem assinalar que «por causa do risco de abuso intrínseco a um sistema de vigilância oculta, tais medidas carecem de uma habilitação legal particularmente precisa, especialmente quando a tecnologia utilizada se torna progressivamente mais sofisticada».<sup>61</sup>

Julgo, por três razões fundamentais, que os *métodos ocultos de obtenção de prova* constituem invariavelmente formas de invasão da esfera jurídica de danosidade qualificada:

- (i) Por contenderem com formas de controlo prévio ou reações preventivas;
- (ii) Por serem de extensão, objetiva e subjetiva, imprevisível e tendencialmente aleatória;
- (iii) Por não autorizarem todas as formas de exercício do direito de defesa, implicando a renúncia ao privilégio contra a autoincriminação.<sup>62</sup>

Com efeito, a dimensão de secretismo deste modelo de atividade probatória não autoriza a intervenção do visado enquanto sujeito ativo na defesa dos seus direitos fundamentais: por ser oculta, o visado só dela tem conhecimento após a verificação da intervenção lesiva, não podendo reagir à sua promoção ou sequer controlar a conformidade da atuação das instâncias formais de controlo a uma certa disciplina normativa.

A propósito do lastro dos *métodos ocultos de obtenção de prova*, note-se que, tanto na dimensão dos valores sacrificados como dos sujeitos visados, se trata de um recurso implacável que desatende a domínios incompressíveis da esfera individual, não se comovendo perante *o que, quem, por quanto tempo, e em que medida* se atingirá.

Assim, os dados obtidos através dos meios ocultos de obtenção de prova podem incluir informação detalhada acerca do núcleo reservado da intimidade do visado, cuja intromissão estaria absolutamente vedada e a proteção potencialmente garantida por um controlo concomitante do processo.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> Decisão do TEDH, 02.09.2010, Caso Uzun v. Alemanha, proc. 35623/05, em tradução não oficial de «[i]n view of the risk of abuse intrinsic to any system of secret surveillance, such measures must be based on a law that is particularly precise, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated». Veja-se a este propósito, a Decisão do TEDH de 29.06.2006, Caso Weber e Saravia v. Alemanha, proc. 54934/00 e ainda a Decisão do TEDH de 10.02.2009, Caso Iordachi e outros v. Moldova, proc. 25198/02.

<sup>62</sup> Em sentido semelhante, ainda que não absolutamente coincidente, HANS-JÖRG ALBRECHT, «Vigilância das telecomunicações: análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos», cit., p. 726.

<sup>63</sup> Neste sentido, a já referida Decisão Tribunal Constitucional Federal Alemão de 27 de fevereiro 2008.

De resto, o BVerfG, na decisão marcante e recente de 20 de abril de 2016, reitera a existência de um lastro extensivo de danosidade de um meio oculto de investigação: «[o]s métodos óculos de investigação, na medida em que geram uma interferência séria com a privacidade [s]ó são compatíveis com a Constituição se visarem proteger ou consolidar interesses legais especialmente relevantes, quando estes estejam em perigo ou a serem violados, se existirem indícios factuais fortes nesse sentido».<sup>64</sup>

Finalmente, o impacto da dimensão oculta dos meios de obtenção de prova no exercício de direitos do visado é evidente na medida em que este continuará a interagir, agir e desenvolver-se inconscientemente de forma autoincriminatória,<sup>65</sup> atuando contra si próprio de forma não esclarecida ou livre.

Assim, o caráter oculto de uma atividade probatória contende necessariamente com o princípio da não-autoincriminação,<sup>66</sup> enquanto decorrência da tutela da dignidade humana do arguido e da liberdade de ação, porquanto o visado se considera condicionado a contribuir inconscientemente para a própria incriminação, podendo ceder ou fornecer informações que o desfavorecem, e estando precluída, por razões lógicas, a invocação do direito ao silêncio.

Isto dito, a ordem de valores em que se alicerça a natureza dos métodos ocultos, e que lhes empresta uma dimensão grande invasividade, impõe o estabelecimento de um edifício normativo que recorte, em termos especialmente objetivos e detalhados, os *fundamentos*, os *modos* e os *limites* destas formas de intromissão.

Em nosso entender, a observância dos requisitos materiais, formal-procedimentais e orgânicos passará pelo cumprimento do imperativo de *reserva de lei*, pelo enquadramento do regime em verificação dos princípios da proporcionalidade e subsidiariedade, e ainda pela conformidade material-sistemática com as disposições existentes, salvaguardando-se o controlo preventivo destes métodos através de reserva de juiz.

Nesta linha de ponderação, entende-se ser de ostensivo relevo o cumprimento do princípio da *reserva de lei*, já por nós mencionado como extensível a qualquer forma de

---

<sup>64</sup> Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 20 de abril 2016, 1 BvR 966/09, tradução não oficial de «[H]eimliche Überwachungsmaßnahmen, sofern sie, wie die meisten der hier in Rede stehenden Maßnahmen, tief in die Privatsphäre eingreifen, sind mit der Verfassung nur vereinbar, wenn sie dem Schutz oder der Bewehrung von hinreichend gewichtigen Rechtsgütern dienen, für deren Gefährdung oder Verletzung im Einzelfall belastbare tatsächliche Anhaltspunkte bestehen».

<sup>65</sup> Veja-se que o Código de Processo Penal Português reflete o princípio da não autoincriminação. Neste sentido, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, «A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais», *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, Lisboa, Livros Horizonte, 1981, pp. 88-92.

<sup>66</sup> Neste sentido, RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências das comunicações eletrónicas em Processo Penal, Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2011, p. 98.

aquisição probatória,<sup>67</sup> e tanto mais nesta sede, por se tratarem os métodos ocultos de investigação da forma mais insidiosa de restrição de direitos fundamentais.

Também pela influência pioneira do BGH, entendemos que a primeira exigência no plano estritamente normativo é a reserva de lei, tal implicando a ilegalidade da obtenção, produção e valoração de prova na ausência de lei de autorização clara e autónoma, que delimite em termos concretos um específico *modus* de aquisição.

Assim, a reserva de lei, especialmente no que respeita aos métodos ocultos de obtenção de prova, não impõe apenas um mandato de *inscrição* por via de habilitação legal expressa e autónoma, mas ainda uma obrigação de *concretização* formal/procedimental dos normativo em termos de se lhe revelar detalhadamente o propósito e os limites.<sup>68</sup>

Posição de resto em linha com a jurisprudência desde há muito adotada pelo TEDH, que, para além da necessidade de habilitação legal da medida (*in accordance with the law*), exige que ela esteja inscrita (*legal basis*) de forma clara, precisa e detalhada (*quality of the law*).<sup>69</sup>

Em apertada síntese, entendemos que é absoluta a inadmissibilidade de métodos ocultos atípicos de obtenção de prova e que o sistema processual penal português carece de um enquadramento sistemático dos meios ocultos de investigação que satisfaça as exigências constitucionais reforçadas que neste domínio se colocam, remetendo-se desde já para as considerações que fazemos especificamente sobre esta matéria no Capítulo III deste estudo.

A final, entendemos que a ausência deste edifício normativo unificado que preveja métodos ocultos de obtenção de prova, sobretudo quando referidos a formas de aquisição de prova em ambiente digital, preclui a admissibilidade de ingerências ocultas não consagradas nos normativos hoje previsto na lei.

## 5. NOTA CONCLUSIVA

Neste capítulo pretendeu clarificar-se o étimo e as implicações prático-jurídicas dos princípios da legalidade, reserva de lei, reserva de juiz, proporcionalidade,

---

<sup>67</sup> Vide, Capítulo 1.1.

<sup>68</sup> Neste sentido, a Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 13 de junho de 2006.

<sup>69</sup> Decisão do TEDH, de 02.08.1984, Caso Malone v. Reino Unido, proc. 8691/79. Ainda, a Decisão do TEDH de 24.04.1990, Caso Huvig v. França, proc. 11105/84, destacando a necessidade de previsão legal das medidas e o cumprimento do requisito de *quality of the law*.

subsidiariedade, em articulação com a figuras das proibições de prova e dos métodos ocultos de investigação.

Numa tentativa de depurar e estabilizar propostas para os problemas emergentes dos novos métodos de aquisição probatória, comprometemo-nos com soluções que nos parecem não só mais corretas do ponto de vista da hermenêutica jurídico-constitucional, como em linha com a tendência expansiva de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, interpretámos o princípio da legalidade, o princípio da reserva de lei, o princípio da reserva de juiz, os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, e as proibições de prova, como limitações à admissibilidade de métodos atípicos de obtenção de prova, reforçando o seu potencial de garantia face às formas de investigação mais invasivas e danosas.

Sem vocação de exaustividade, entendemos que:

- (i) O artigo 125.º CPP e o princípio da reserva de lei determinam um quadro normativo de aquisição de prova assente *proibição na ausência de permissão* ou permissão condicionada por habilitação legal;
- (ii) A reserva de lei funciona numa dimensão de inscrição normativa (*legal basis*) e de concretização formal-procedimental clara, precisa e detalhada (*quality of the law*);
- (iii) As proibições de prova funcionam no sistema de aquisição probatória como *contra exceções*, constituindo um crivo de aplicação subsequente que complementa um modelo de aquisição probatória genericamente proibitivo;
- (iv) O art. 125.º CPP não funciona como norma geral habilitante para formas de aquisição probatórias atípicas;
- (v) O princípio da legalidade da prova (art. 125.º CPP) e o instituto das proibições de prova (art. 126.º CPP) permitem erigir condições que validade processual aos meios atípicos de aquisição probatória;
- (vi) O princípio da reserva de lei e o modelo de estrutura acusatória implica que os métodos de obtenção de prova atípicos sejam figuras excepcionais, a admitir existindo possibilidade de lhes atribuir um “iter” procedimental;
- (vii) A reserva de lei, como condição de restrição de direitos fundamentais (art. 18.º, n.ºs 2 e 3), impõe uma *[e]xigência de determinabilidade ou densidade normativa da lei*, especialmente intensa no contexto dos métodos ocultos de obtenção de prova;

- (viii) Os meios ocultos de obtenção de prova, pela sua natureza, não existem legitimamente na ausência de disposição normativa específica habilitante que regule o *modus* de aquisição;
- (ix) O mandato imposto pelos princípios jurídico-constitucionais aplicáveis determina a consagração expressa, detalhada e precisa do GPS como método oculto atípico de obtenção de prova em ambiente digital.

No essencial, o silêncio não autoriza a prática.

É exatamente com este princípio de reflexão que partimos para o tratamento do objeto de desta análise, traçando a natureza e o regime jurídico do GPS como método de obtenção de prova em processo penal e partindo para uma reflexão sobre o quadro normativo de aquisição probatória no processo penal português, designadamente em matéria de métodos ocultos de obtenção de prova.

## CAPÍTULO II

### GPS COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA: NATUREZA E ESPECIFICIDADES

#### 1. ENQUADRAMENTO

Como iremos demonstrar,<sup>70</sup> o ordenamento jurídico português não oferece cobertura normativa ao GPS enquanto método oculto de obtenção de prova atenta a impossibilidade de aplicação dos arts. 187.º e 189.º CPP ou sequer da Lei do Cibercrime.

Neste passo, as considerações que desenvolvemos acerca princípio da legalidade previsto no art. 125.º CPP bastariam para excluir a admissibilidade de qualquer método de obtenção de prova, *maxime* oculto, na ausência de legitimação material e formal-procedimental.

Todavia, entendemos que a densidade dogmática da matéria deste estudo, que trata de um método de aquisição probatória oculto, atípico e digital, sem equivalente legalmente consagrado, carece de uma reflexão material-substantiva dirigida à natureza deste método de obtenção de prova.

De resto, tomamos de empréstimo as palavras do Tribunal da Relação do Porto, em decisão de 5 de dezembro de 2016, ao notar que «[n]o tempo hodierno, ignorar o avanço tecnológico do sistema de geolocalização GPS, que permite um controlo cada vez maior e preciso sobre o alvo que se vigia, é potenciar um certo voyeurismo, social e democraticamente reprovável».<sup>71</sup>

Assentaremos a nossa análise no confronto comparatístico com as soluções tomadas por outros ordenamentos jurídicos que tomaram a dianteira neste domínio, geralmente em prevalecente desencontro, o que faremos sem vocação descritiva, mas tomando os respetivos arestos como mote de uma análise crítica e própria do problema, emprestando às nossas considerações alguns dos seus ensinamentos.

Assim, daremos especial enfoque às decisões que se pronunciam diretamente sobre a questão do GPS como método de obtenção de prova, como seja a Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Norte Americano no Caso ESTADOS UNIDOS VERSUS JONES,<sup>72</sup> de

---

<sup>70</sup> Para o tratamento desenvolvido desta questão, *vide* Capítulo III.

<sup>71</sup> Ac. do TRP de 5 de dezembro de 2016, Proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1, Relator Domingos Morais.

<sup>72</sup> Decisão do Supremo Tribunal Norte-Americano, de 23 de janeiro de 2012, Caso United States v. Jones 565 U.S., 565 U.S. Note-se que se trata de um aresto com especial importância porquanto até então a obtenção de dados de localização por GPS não tinha sido perspetivada como “busca”, caindo assim fora da



23 de janeiro de 2012, a Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 12 de abril de 2005,<sup>73</sup> as decisões do Tribunal de Cassação Italiano, Secção Penal, de 21 de maio de 2013<sup>74</sup> e de 10 de fevereiro de 2016,<sup>75</sup> e ainda a Decisão do TEDH, Caso UZUN v. ALEMANHA, de 2 de setembro de 2010,<sup>76</sup> não desconsiderando a jurisprudência portuguesa sobre a matéria.<sup>77</sup>

No essencial, tentaremos identificar os tópicos mais aptos a prestar contributos ao horizonte político-criminal, material-axiológico e normativo de métodos de obtenção ocultos, atípicos, digitais, e especialmente invasivos, como serve de exemplo o GPS, só assim se permitindo traçar, em horizonte perfeitamente clarificado, um arquétipo de regime jurídico que lhe seja aplicável.

A nossa análise fará frequentemente referência às *Concurring Opinions* dos Juízes Alito e Sotomayor no Caso Jones, naquilo que entendemos ser a base de uma nova construção teórico-dogmática da articulação entre os valores fundamentais do Estado e a necessidade de perseguição penal, designadamente na parte em que nos referimos à Teoria do Mosaico.

Como início de aproximação, sobressai a necessidade de uma análise material-substantiva da danosidade intrínseca do GPS, indagando-se acerca do sacrifício de bens jurídicos e de direitos fundamentais, em especial da esfera da reserva da vida privada e da autodeterminação informacional, e assinalando-se aquilo que em nosso entender constitui a sua natureza própria e irrepetível do GPS, por comparação a outros métodos de obtenção de prova.

Noutra direção, trataremos da sua inserção numa categoria jurídico-processual, tomando como pedra de toque, no plano comparatístico, o ordenamento Norte-

---

proteção constitucional garantida pela 4.<sup>a</sup> Emenda. Veja-se, contra este caso, as decisões anteriores do Supremo Tribunal Norte Americano no Caso *United States v. Pineda-Moreno*, 591 F.3d 1212 (9th Cir. 2010), no Caso *United States v. Garcia*, 474 F.3d 994 (7th Cir. 2007) (aqui, em especial, a *concurring opinion* de Posner, J.), e ainda o Caso *United States v. Marquez*, 605 F.3d 604 (2010).

<sup>73</sup> Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 12 de abril de 2005, 2 BvR 581/01.

<sup>74</sup> Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, Sez. II, 21 de maio de 2013 (ud. 13 febbraio 2013), proc. n.º 451/2012. Sobre esta decisão em particular, veja-se o muito interessante artigo de ALESSANDRO SERRANI, *Sorveglianza satellitare GPS: un'attività investigativa ancora in cerca di garanzie*, disponível em <http://www.archiviopenale.it/> (acedido em 13.04.2017).

<sup>75</sup> Decisão do Supremo Tribunal de Cassação Italiano, 10.02.2016, proc. n.º 5550/2016.

<sup>76</sup> Caso Uzun v. Alemanha, cit.

<sup>77</sup> Nesta sede, as decisões que nos importam são as que conferem um tratamento processual-penal ao tema, como meio de obtenção de prova em processo penal, e não o conjunto de decisões que tratam do GPS na perspetiva jurídico-laboral. Note-se, pela especial importância, a decisão do STJ de 13 de novembro de 2013, Proc. n.º 73/12.3TTVNF.P1.S, Relator Mário Belo Morgado. O Ac. TRL de 13 de abril de 2016, Proc. 2903/11.8TACSC.L1-3, Relator Carlos Almeida, é aquela que oferece maior a melhor solução ao problema. Em contraste, o desacetado Ac. do TRE, de 7 de outubro de 2008, Proc. 2005/08-1, Relator Martinho Cardoso.

Americano, germânico e italiano, e tomaremos posição acerca da (eventual) irrelevância jurídica da colocação física de GPS, por comparação à simples obtenção de dados de um recetor de GPS previamente colocado.

Faremos ainda um tratamento exaustivo da natureza do GPS como método de obtenção de prova à luz da hermenêutica jurídico-constitucional, concluindo pela necessidade de uma reflexão sedimentada sobre o sentido e alcance do valor jurídico da privacidade, reinterpretando a cedência informativa voluntária e o valor do consentimento no universo virtual.

## **2. A NATUREZA DO GPS COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA: A SUA DIMENSÃO EXTRASSENSORIAL E A RELEVÂNCIA DA “TEORIA DO MOSAICO”**

Fornecer ao legislador orientação para a introdução do GPS como método de obtenção de prova no ordenamento jurídico português passa em primeiro lugar por perscrutar, com correção teórico-dogmática, a natureza deste método de obtenção de prova, o que necessariamente convoca a análise das informações/dados digitais que com eles se geram.

Uma das considerações mais evidentes acerca da natureza “GPS”<sup>78</sup> está na circunstância de a sua utilização ser tendencialmente massificada, não se limitando à localização celular: os automóveis e os *smart phones* estão equipados com equipamentos recetores de sinais satélite, permitindo, entre outras coisas, a receção e transmissão de dados de geolocalização e a consulta do histórico de *tracking* do dispositivo associado.<sup>79</sup>

Assim, a disponibilidade de utilização favorece evidentemente um recurso progressivamente maior e mais diversificado, pelas instâncias formais de controlo, a esta forma de obtenção de dados via satélite, sendo certo que ela assume algumas particularidades processualmente relevantes.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Para considerações preliminares sobre o funcionamento, origem e especificidades do GPS, veja-se <https://www.nasa.gov> (acedido em 17.03.2017). Ainda, resumindo de modo especialmente detalhado o funcionamento do GPS, RENEE M. HUTCHINS, «Tied Up in Knots? GPS Technology and the Fourth Amendment», *University of Maryland Francis King Carey School of Law Review*, Vol. 55, No. 1, pp. 409-465, 2007.

<sup>79</sup> ADAM KOPPEL, «Warranting a Warrant: Fourth Amendment Concerns Raised by Law Enforcement’s Warrantless Use of GPS and Cellular Phone Tracking», *University of Miami Law Review*, 1061-1064 (2010), disponível em <http://repository.law.miami.edu/> (acedido em 17.03.2017).

<sup>80</sup> Sobre a tendência expansiva de utilização e comercialização de dados satélite, ROBERTO BATTISTON, Presidente da Agência Espacial Italiana, no contexto do Curso de *Space Law and Policy* organizado pela Agência Espacial Europeia, Roma, 08.09.2017.

Em primeiro lugar, notamos que os dados obtidos por meio de GPS podem ser submetidos ao interessantíssimo método de computação dirigido à análise de dados digitais denominado *machine learning*.<sup>81</sup>

Num breve excurso, trata-se esta de uma novidade de vanguarda que terá necessariamente respaldo no tratamento jurídico a dar às matérias conexonadas, como é o caso do GPS: o *machine learning* é um ramo da ciência da computação que utiliza algoritmos matemáticos de larga escala para organizar, detetar, sumariar informação digital, gerando a partir dela novos dados por inferência probabilística.

Para o que nos interessa, e aplicado aos dados obtidos por GPS, permitir-se-á deduzir informação objetiva de um conjunto de informação básica (dados de GPS) através do estabelecimento de padrões, traçando-se, de modo objetivo e preciso, um perfil completo do visado (idade, género, condição económica), com especial enfoque para a capacidade de se prever, com detalhe científico, as futuras localizações do visado.

Ora, é evidente que uma tal possibilidade revela, só por si, a natureza especialmente intrusiva deste método de obtenção de prova e a dimensão de danosidade associada ao tipo de dados e ao seu tratamento subsequente.

Acresce, em segundo lugar, a circunstância de os dados obtidos através deste mecanismo serem de grande precisão,<sup>82</sup> permitindo obter a localização, velocidade e direção exatas do recetor, por meio de um sistema de triangulação de sinais transmitidos via satélite.<sup>83</sup>

A outro passo, e especialmente relevante, é aquilo que entendemos ser a transfiguração do grau de intrusividade dos dados obtidos em função da extensão da interferência, construção a breve trecho apresentada sob a designação de “Teoria do Mosaico”,<sup>84</sup> refletindo a ideia de que “o todo é maior do que a soma das partes”.

---

<sup>81</sup> Sobre o atualíssimo e muito interessante tema do *machine learning* e da sua influência no universo jurídico, veja-se, sobre a relação com o tema do GPS, veja-se STEVEN M. BELLOVIN, RENÉE M. HUTCHINS, TONY JEBARA, SEBASTIAN ZIMMECK, «When Enough is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning», *New York University Journal of Law & Liberty* [Vol. 8:555], 2014., HARRY SURDEN, «Machine Learning and Law», 89 *Washington Law Review* 87 (2014).

<sup>82</sup> Prevê-se que o sistema Galileo tenha um grau de precisão horizontal de 20 cms.

<sup>83</sup> A triangulação refere-se à técnica matemática que consiste em traçar perímetro de diversas fontes e encontrar o ponto de conexão comum. Através de várias técnicas, os dados de triangulação permitem reduzir a área do alvo num círculo concêntrico, aumentando a precisão da localização obtida. Para melhores desenvolvimentos, Smithsonian Natl. Air & Space Museum, sob o título “GPS in More Detail”, disponível em <https://timeandnavigation.si.edu/satellite-navigation/gps>. (acedido em 17.03.2017).

<sup>84</sup> Sobre esta teoria veja-se o muito interessante artigo de BENJAMIN M. OSTRANDER, «The “Mosaic Theory” and Fourth Amendment Law», *Notre Dame Law Review*, nr. 1733, 2011. Ainda, considerando que o caso Maynard adota esta teoria, ERIN SMITH DENNIS, «A Mosaic Shield: Maynard, the Fourth Amendment, and Privacy Rights in the Digital Age», *Cardozo Law Review*, n.º 33, 737 (2011).

Se bem vemos as coisas, é nestas características que reside a pedra de toque da consideração que tomamos como petição de princípio a propósito do GPS: a específica natureza do GPS não encontra equivalente em nenhum outro método de obtenção de prova hoje consagrado.

A este propósito, tem vindo a ser defendida, em solução apressada e que entendemos ser de rejeitar, a equiparação do GPS a formas de vigilância tradicionais, entendimento manifestado na decisão desacertada do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de outubro de 2008,<sup>85</sup> que vem dispensar a prévia autorização judicial para o uso de localizadores de GPS, admitindo-o nos termos gerais do art. 125.º CPP.

Citando este aresto, «[a] localização por GPS é o «irmão gémeo electrónico» do clássico seguimento do alvo por pessoas a bordo de um carro, com a desvantagem de apesar de em qualquer momento se saber aonde está o carro, se desconhecer por completo o que é que o seu ocupante ou os seus ocupantes estão a fazer de concreto. Nesse aspecto, o seguimento clássico, por permitir, além do mais, escrutinar quem vai no carro e o que fazem os ocupantes pelo menos quando o carro pára, para onde vão quando saem dele e com quem falam, é um método muito mais intrusivo e abrangente do que o mero conhecimento da localização do carro, pelo que o GPS servirá sobretudo como meio coadjuvante do seguimento clássico – o qual, aliás, também pode ocorrer 24 sobre 24 horas».

Em semelhante sentido, no ordenamento jurídico italiano existem construções que defendem a proximidade significativa entre a vigilância tradicional e a vigilância por GPS, podendo ambas ser consideradas formas de aquisição probatórias atípicas sujeitas ao critério geral de admissibilidade previsto no art. 189 do Código de Processo Penal Italiano, aplicável sempre que não se esteja perante um meio que afete a liberdade individual ou de autodeterminação.<sup>86</sup>

Assim, em decisão de 10 de março de 2010, o Tribunal de Cassação Italiano entendeu que a atividade de localizar e monitorizar pessoas em espaços públicos constitui uma forma de “*pedinamento a distanza*”, e não de interceção, que, como tal, cai no âmbito da atividade regular de investigação genericamente autorizada, sem necessidade de

---

<sup>85</sup> Ac. do TRE de 7 de outubro de 2008, Proc. 2005/08-1, Relator Martinho Cardoso, decisão de onde inclusivamente resulta, com evidente desacerto, que a vigilância tradicional é um *maius* em relação ao GPS.

<sup>86</sup> Para o tratamento do GPS como meio de obtenção de prova no sistema processual penal italiano, entendemos especialmente relevante o artigo de IOVENE FEDERICA, «Satellite tailing and fundamental rights: A comparative study», *EuCLR European Criminal Law Review*, pp. 376-386.

autorização judicial, de acordo com os arts. 55.º, 347.º e 370.º do Código de Processo Penal Italiano.<sup>87</sup>

Em nosso entender, tentar reconduzir a localização por GPS a uma modalidade de vigilância tradicional representa um imobilismo de soluções que desconsidera a natureza deste método de aquisição probatória.

Desde logo, o carácter tecnológico/digital empresta-lhe um lastro de aplicação necessariamente mais amplo e invasivo, naturalmente decorrente da circunstância de se tratarem de dados obtidos via satélite.

Depois, o tipo e a natureza de dados revelados são globalmente distintos dos obtidos pelo sistema tradicional de vigilância, porquanto, como se verá, “o seu conjunto é maior do que a soma das partes”.

Neste contexto, joga como relevante a distinção que o ordenamento jurídico norte-americano faz, na concretização da dimensão objetiva do conceito de *reasonable expectation of privacy*, que adiante trataremos com profundidade, entre *sense-augmenting surveillance* e *extrassensorial surveillance*, a primeira referida à forma de vigilância aptas a revelar informação capaz de ser obtida através dos cinco sentidos humanos, e a segunda dirigida a formas de vigilância que os ultrapassam.<sup>88</sup>

No essencial, entendemos que o tipo de dados obtidos por GPS não funciona como instância de melhoramento das capacidades sensoriais próprias dos órgãos de polícia criminal, em contrário constituindo um mecanismo de *extrassensorial surveillance*, circunstância que, pela sua natureza, afasta *per se* a equiparação a formas de vigilância tradicionais, evidentemente sensoriais.

Assim, a vigilância ocular tradicional não é um *minus* (mas antes um *aliud*) em relação à localização por GPS: o GPS é uma forma aquisitiva distinta e diversa da mera

---

<sup>87</sup> Veja-se esta Decisão do Tribunal de Cassação, Instância Penale, de 10 de março de 2010, Sez. V, n.º 9667. Tradução não oficial de «[q]uesta Corte ha affermato che la localizzazione mediante il sistema di rilevamento satellitare (c.d. gps) degli spostamenti di una persona nei cui confronti siano in corso indagini costituisce una forma di pedinamento non assimilabile all'attività d'intercettazione di conversazioni o comunicazioni, per la quale non è necessaria alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice, dovendosi escludere l'applicabilità delle disposizioni di cui agli art. 266 seg. c.p.p».

<sup>88</sup> Referindo esta distinção e conferindo um tratamento muito permissivo à *sense-augmenting surveillance*, veja-se a Decisão do Supremo Tribunal Norte Americano, de 8 de janeiro de 1979, Caso *United States v. Caceres*, 440 U.S. 74.

observação ocular, capaz de revelar e acumular informação quantitativa e qualitativamente mais técnica e precisa,<sup>89</sup> onde não chega a mera observação ocular.<sup>90</sup>

De resto, o GPS constitui uma ferramenta tecnológica especialmente sofisticada e precisa e que, atendendo ao seu uso generalizado, tem um lastro de capacidade de atuação praticamente ilimitado, o que torna evidente o acerto da pronúncia do Tribunal de Recurso de Nova Iorque, em 12 de maio de 2009, no Caso PEOPLE V. WEAVER, que pelo acerto aqui se destaca:<sup>91</sup>

*«[G]PS is not a mere enhancement of human sensory capacity, it facilitates a new technological perception of the world in which the situation of any object may be followed and exhaustively recorded over, in most cases, a practically unlimited period. The potential for a similar capture of information or "seeing" by law enforcement would require, at a minimum, millions of additional police officers and cameras on every street lamp».*

A resposta à consideração hipotética de saber se existe possibilidade de a informação obtida por GPS ser revelada por outros métodos de aquisição de prova<sup>92</sup> deve ser genericamente negativa, sobretudo nos casos em que a utilização de GPS se prolonga no tempo: não só não é certo que a presença humana consiga chegar ao espaço de atuação do recetor de GPS - que acompanhará por defeito o objeto visado - como que seja razoavelmente possível uma vigilância ocular de durabilidade prologada em que os meios humanos a consigam garantir sem interrupções e assimetrias.

Assim, o lastro de informação técnica obtida através da localização GPS implica a classificação deste método de obtenção de prova como *extrassensorial*, emprestando-lhe automaticamente uma dimensão reforçada de invasividade e, por isso, a necessidade de reforço das garantias contra si tomadas.

---

<sup>89</sup> Neste sentido, considerando que *«[t]he GPS tracking device is not equivalent to the visual monitoring of police officer because of their ability of accumulating recording data and information»*, RAED FAQUIR, «The use of technology of global positioning system (GPS) in criminal investigation & right to privacy under the constitutional and criminal legislation in Jordan: Legal analysis study», International Review of Penal Law, Vol. 84, p. 452.

<sup>90</sup> Erradamente, no sentido de que o GPS opera como um *ultraviligant replacement for human surveillance*, Decisão do Tribunal Distrital de Maryland, Caso *United States v. Berry*, 300 F. Supp. 2d 366.

<sup>91</sup> Decisão do Tribunal de Apelação de Nova Iorque, de 10.02.2011, Caso *People v. Weaver*, 12 N. Y. 3d 433, 909 N. E. 2d 1195.

<sup>92</sup> Decisão do Supremo Tribunal de Washington, de 11.09.2003, Caso *United States v. Jackson*, Proc. n.º 72799-6.

Todavia, para além deste aspeto, a natureza das informações reveladas implica que, considerados os dados ao dispor, se possa facilmente acolher a expressão tomada no caso UNITED STATES V. JONES,<sup>93</sup> segundo o qual os dados obtidos por GPS são, no [s]eu conjunto, maiores do que soma das partes.<sup>94</sup>

Como ponto de partida, deixamos antecipado que, em nosso entender, o sentido decisório e o fio lógico de argumentação deste aresto constituem, por entre todas as soluções comparatísticas analisadas, as propostas mais consistentes e estabilizadas de tratamento deste assunto, sendo de particular acerto dogmático as *concurring opinions* da Juíza Sotomayor e do Juiz Alito, que introduziremos a breve trecho.

Resumidamente,<sup>95</sup> no caso UNITED STATES V. JONES, o Governo Norte-Americano obteve um mandato de busca para instalar, num período limite de 10 dias, um dispositivo recetor de GPS em veículo registado em nome da mulher do suspeito Jones, tendo o dispositivo sido instalado no 11.º dia, momento a partir do qual, e durante 28 dias, esteve o veículo sujeito a *tracking* constante, e assim se possibilitando a pronúncia do arguido Jones pelo crime de conspiração para o tráfico de droga.

Recenseando os elementos fácticos relevantes, o Supremo Tribunal Norte Americano pronunciou-se contra a admissibilidade das provas obtidas por GPS quando realizadas fora dos limites temporais e territoriais estabelecidos em autorização judicial obtida por órgão de polícia criminal, qualificando como *search* a instalação de recetor de GPS e a subsequente utilização dos seus dados.

Cremos que esta decisão é especialmente interessante não apenas por ensaiar vias concorrentes para a compreensão da problemática da admissibilidade de novos métodos de obtenção de prova (em qualquer caso considerando inadmissível a utilização destes dados na ausência de autorização judicial ou do cumprimento dos seus limites), mas também por renovar posicionamentos dogmáticos, designadamente ultrapassando a distinção tradicional entre “instalação” e “obtenção de dados”.

Para o que nos interessa, deve em primeiro lugar notar-se que a *Opinion of the Court* acolhe uma formulação neutra e pouco corajosa na resposta à questão de saber se a localização por GPS permite a equivalência de resultados a um meio de *traditional*

---

<sup>93</sup> Na instância inferior (*District of Columbia Circuit*) referido como *United States v. Maynard*.

<sup>94</sup> Neste contexto, considerou-se: «[f]irst, unlike one's movements during a single journey, the whole of one's movements over the course of a month is not actually exposed to the public because the likelihood anyone will observe all those movements is effectively nil. Second, the whole of one's movements is not exposed constructively even though each individual movement is exposed, because that whole reveals more — sometimes a great deal more — than does the sum of its parts».

<sup>95</sup> Cf. *United States v. Jones*, cit.

*surveillance*, entendendo que o caso não carece de uma resposta a essa questão e assim falhando o posicionamento sobre a questão verdadeiramente decisiva.<sup>96</sup>

Todavia, são outros e mais profundos os temas em que a questão é equacionada nas *Opinions* dos Juízes Alito e Sotomayor, ambos destacando a incapacidade teórica-dogmática de a fundamentação da *Opinion of the Court* proferida por Scalia lidar com os problemas emergentes do novo universo tecnológico.

De forma impressionante, o Juiz Alito reconhece a necessidade de reconfigurar as fronteiras da privacidade em atenção ao surgimento «*[n]ew devices that permit the monitoring of a person's movements*» de forma cada vez mais sofisticada, com possibilidade de obtenção de dados técnicos precisos e diversificados, concluindo que a sua utilização «*[w]ill continue to shape the average person's expectations about the privacy of his or her daily movements*».

Na mesma direção, e destacando-se a fecundidade heurística e a correção da sua *Opinion*, que nos influenciou sobremaneira neste estudo, assinale-se o entendimento da Juíza Sotomayor a propósito da natureza dos dados obtidos por GPS, que pela importância aqui se reproduz:<sup>97</sup>

«*[G]PS monitoring generates a precise, comprehensive record of a person's public movements that reflects a wealth of detail about her familial, political, professional, religious, and sexual associations.*<sup>98</sup> *The Government can store such records and efficiently mine them for information years into the future.*<sup>99</sup> *And because GPS monitoring is cheap in comparison to conventional surveillance techniques and, by design, proceeds surreptitiously, it evades the ordinary checks that constrain abusive law enforcement practices: "limited police resources and community hostility." I would ask whether people reasonably expect that their movements will be recorded and aggregated in a manner that enables the Government to ascertain, more or less at will, their political and religious beliefs, sexual habits, and so on.*».

---

<sup>96</sup> Opinion of the Court, p. 11.

<sup>97</sup> Sotomayor, J., *Concurring Opinion*, cit., pp. 4 e 5.

<sup>98</sup> Neste mesmo sentido, *People v. Weaver*, cit.

<sup>99</sup> Decisão do Tribunal de Apelação, 11.01.2010, Caso *United States v. Pineda-Moreno*, F.3d 1212, 9th Cir. 2010.



Se bem entendemos, a virtualidade destas duas construções está em considerar a natureza dos dados obtidos por meio de GPS, evitando reconduzi-los a resultados probatórios obtidos por modelos tradicionais de aquisição.

Em particular, o entendimento de que a expectativa de privacidade deve ter como bitola, na expressão de J. Sotomayor, *the sum of one's public movements*,<sup>100</sup> convoca na verdade uma questão a tratar com especial acuidade nesta sede, e comumente descrita como *Mosaic Theory*, firmada previamente pela instância de recurso do caso Jones, que determinou, em termos simples, que embora individualmente a localização de Jones estivesse exposta ao público, o conjunto de dados de localização não estava exposto ao público, gerando assim uma legítima expectativa de privacidade.<sup>101</sup>

Neste passo, a especial natureza do conjunto dos dados convoca a circunstância fundamental de que «[a] reasonable person does not expect anyone to monitor and retain a record of every time he drives his car, including his origin, route, destination, and each place he stops and how long he stays there; rather, he expects each of those movements to remain disconnected and anonymous». <sup>102</sup>

Note-se, algo tautologicamente, que é precisamente o facto de o conjunto de monitorizações não ser apenas a soma de cada monitorização que permite compreender o carácter transmutável, em tipo e qualidade, dos dados obtidos por GPS.

Ora, o que fica dito aponta para três conclusões: desde logo, que a informação obtida por meio de GPS assume naturezas distintas consoante a extensão da interferência, adensando-se o seu carácter intrusivo quando encarado globalmente; depois, que a probabilidade de vigilância ocular pública é reduzida praticamente à inexistência (ou alta improbabilidade) no contexto de uma monitorização prolongada através de GPS; finalmente, que o critério de aferição da invasividade da medida é prevalecentemente o do tipo de informação obtida, esbatendo-se a distinção tradicional de esfera pública/esfera privada.

Como deixámos antecipado, entendemos que o GPS reivindica um tratamento específico que não encontra cobertura noutras modalidade de aquisição probatórias, precisamente por assumir uma dimensão tecnológica que o habilita à aquisição de dados

---

<sup>100</sup> Sotomayor, J., *Concurring Opinion*, cit., p. 4.

<sup>101</sup> Em semelhante sentido, BETHANY L. DICKMAN, «Untying Knots: The Application of Mosaic Theory to GPS Surveillance in *United States v. Maynard*», *American University Law Review*, Vol. 60, Article 5 (2011), disponível em <http://digitalcommons.wcl.american.edu> (acedido em 10.02.2017).

<sup>102</sup> Tribunal de Apelação de Nova Iorque, *Caso Nader v. Gen. Motors Corp.*, 255 N.E.2d 765, 772 (N.Y. 1970), *apud* *Caso United States v. Maynard* (instância de recurso de *United States v. Jones*).

em lastro e qualidade inalcançáveis por meios humanos, mas sobretudo pela circunstância de as informações obtidas deverem ser perspectivadas à luz da Teoria do Mosaico.

Com efeito, a pertinência teórica desta construção está em permitir ultrapassar a rigidez analítica das formulações tradicionais que esgotam a análise da danosidade de um método de aquisição probatória na simples comparação dos mesmos dados.

Logicamente que a informação “o sujeito A deslocou-se ao local X no dia Y” não constitui uma intromissão inadmissível na reserva da intimidade da vida privada se desacompanhada de uma intromissão em propriedade ou sistema informático, assemelhando-se em certo sentido ao testemunho de B, morador de X, que atesta que “o sujeito A se deslocou ao local X no dia Y”.<sup>103</sup>

Mesmo considerando uma monitorização via GPS de curta ou curtíssima duração, as informações obtidas por GPS não são equivalentes às obtidas por formas tradicionais de aquisição probatória em natureza, extensão e fiabilidade.

Na realidade, a informação técnica do GPS permite não apenas o acesso ao dado “o sujeito A deslocou-se ao local X no dia Y”, mas à especificação detalhada, precisa e certa de velocidades, direções, e tempos de permanência e deslocação (“o sujeito A deslocou-se ao local X, à velocidade Z, seguindo por K, virando em Y, alterando a direção em W, no dia Y, ao minuto L, ao segundo Q”).

Então, se bem entendemos, a pertinência da Teoria do Mosaico está em salvaguardar em termos precisos a específica natureza dos dados obtidos por meio de GPS na larga maioria do seu âmbito de aplicação, *i.e.*, nos casos em que a informação recolhida não constitui apenas um dado isolado.

Neste sentido, em aplicação ao GPS como método de obtenção de prova, a Teoria do Mosaico descreve a construção segundo a qual a afetação da privacidade não deve ser aferida pela consideração isolada do dado obtido por meio de GPS, mas antes pelo conjunto dos seus dados, permitindo perscrutar com rigor a específica natureza dos dados obtidos, clarificando uma característica essencial: a circunstância de os dados de GPS serem globalmente mais do que a mera soma das partes.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Refira-se que o problema da legalidade e da reserva de lei só neste caso está resolvido, permitindo que a informação seja incluída no processo de forma admissível, porquanto a forma de aquisição probatória está perfeitamente prevista e regulada por depoimento testemunhal (artigos 128.º e ss do CPP).

<sup>104</sup> Na origem desta teoria, a Decisão do Supremo Tribunal Norte Americano, Caso *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*, 22.03.1989, 489 U.S. 7: «[m]osaic theory describes the concept that individual actions may not rise to the level of a search in and of itself, but may constitute a search when aggregated».

Assim, na esteira do Supremo Tribunal Norte Americano, entendemos que:

*«[A] monitorização prolongada revela tipos de informação impassíveis de serem revelados em monitorização de curto-prazo, como seja o que o sujeito faz repetidamente, o que não faz, o que faz em grupo [...]. A sequência das deslocações de um indivíduo revela necessariamente mais; a simples ida ao gabinete do ginecologista diz pouco sobre uma mulher, mas essa visita seguida, semanas depois, da ida a uma loja de venda de produtos para bebés permite contar uma história diferente».*<sup>105</sup>

Em apertada síntese: a pedra de toque da compreensão da natureza dos dados obtidos por GPS está em assumir a sua mutabilidade em grau, reconhecendo que a dimensão quantitativa (o número) interfere qualitativamente (em tipo) no resultado informativo obtido, porquanto uma informação isolada não tem a virtualidade de revelar o mesmo resultado interpretativo que se retira de um conjunto de informações.

Assim, é evidente que se tratam de dados capazes de gerar um *perfil* do agente, que contendem necessariamente com a esfera da privacidade constitucionalmente protegida, estando por isso sujeitos a reforçadas reservas materiais e formais-procedimentais.

De resto, em sentido não absolutamente coincidente, mas próximo das considerações emprestadas do ordenamento jurídico Norte-Americano, o TEDH, em Decisão de 25 de setembro de 2001, Caso J.H. v. THE UNITED KINGDOM, pronunciou-se no sentido de que os registos *permanentes e sistemáticos* de um sujeito, mesmo que obtidos no domínio do espaço público, contendem com a esfera da vida privada, assim afirmando, em certo sentido, a transfiguração do grau de intrusão dos dados obtidos atendendo ao seu carácter *permanente e sistemático*.<sup>106</sup>

Mais ainda, no Caso UZUN v. ALEMANHA, que ocupará grande parte da nossa análise subsequente, o Tribunal refere que *«[i]n determining whether the surveillance via GPS*

---

<sup>105</sup> Cf. *United States v. Jones*, cit. tradução não oficial de: *«[t]ypes of information not revealed by short-term surveillance, such as what a person does repeatedly, what he does not do, and what he does ensemble [r]epeated visits to a church, a gym, a bar, or a bookie tell a story not told by any single visit, as does one's not visiting any of these places over the course of a month. The sequence of a person's movements can reveal still more; a single trip to a gynecologist's office tells little about a woman, but that trip followed a few weeks later by a visit to a baby supply store tells a different story».*

<sup>106</sup> Decisão do TEDH, de 25.09.2001, Caso J.H. v. the United Kingdom, Proc. n.º 44787/98: *«[p]rivate-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain. It is for this reason that files gathered by security services on a particular individual fall within the scope of Article 8, even where the information has not been gathered by any intrusive or covert method.* Veja-se, ainda, TEDH, 25.09.2001, *Rotaru v. Romania*, proc. no. 28341/95.

*carried out by the investigation authorities interfered with the applicant's right to respect for his private life, the Court, having regard to the above principles, will determine first whether this measure constituted a compilation of data on the applicant».*<sup>107</sup>

Finalmente, também na decisão do BVerfG, de 12 de abril de 2005, se expressa algum acolhimento à teoria de que o nível de danosidade está relacionado com a duração da interferência, ainda que em termos não equivalente à “transfiguração” operada pela Teoria do Mosaico, assinalando-se que cabe ao poder legislativo assegurar a proteção de direitos fundamentais do suspeito em casos de monitorização a longo prazo.<sup>108</sup>

Assinalados os principais núcleos problemáticos que a este propósito se geram, julgamos que se deve propender para uma construção próxima do modelo Norte-Americano, que trate de maneira distinta o conjunto de dados obtidos (teoria do mosaico), ao mesmo tempo reconhecendo às informações isoladamente obtidas uma dimensão mais danosa por comparação a qualquer outras formas equivalentes tipicamente previstas.

Vale por dizer: por mais precisos, técnicos, fiáveis, diversos e ainda por assumirem uma dimensão de mutabilidade qualitativa (em tipo) impulsionada pela realidade quantitativa (em extensão), os dados obtidos por GPS assumem, em qualquer uma das vertentes, uma natureza mais intrusiva do que qualquer outra forma de aquisição equivalente tradicional.

Ainda assim, não é absolutamente rigorosa a formulação do Tribunal da Relação do Porto em decisão de 21 de março de 2013, quando diz que a «localização através do localizador GPS e a sua monitorização através do registo dos respetivos dados permite traçar o perfil detalhado da vida pública e privada de uma pessoa», pois, como se viu, a dimensão de intrusividade dos dados obtidos depende da extensão e de tipo de dados obtidos.

É com este horizonte perfeitamente clarificado que demarcaremos, em abordagem crítica sustentada nos ensinamentos comparatísticos, as formulações essenciais a propósito da articulação do GPS como método de obtenção de prova com os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

---

<sup>107</sup> Caso *Uzun v. Alemanha*, cit., p. 13.

<sup>108</sup> BVerfG, 12.04.2005, 2 BvR 581/01, tradução não oficial de «[s]ie ist Ergebnis einer gesetzgeberischen Entscheidung, die Grundrechte des Beschuldigten bei langfristiger Observation prozedural besonders zu sichern».

### 3. MODELOS DE COMPREENSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A EXPERIÊNCIA AMERICANA, GERMÂNICA E ITALIANA NO TRATAMENTO TEÓRICO-DOGMÁTICO DO GPS

As considerações que deixámos registadas sobre a específica natureza do GPS como método de obtenção de prova permitem intuir as implicações jurídico-constitucionais do nosso posicionamento.

Ao defendermos que os dados obtidos por GPS têm uma dupla natureza consoante o tipo de informação revelada, que em qualquer caso assume um carácter mais intrusivo por comparação aos modos de obtenção de prova tradicionalmente equivalentes, reconhecemos necessariamente a afetação de valores jurídico-constitucionais, que em nosso entender se reconduzem à tutela da privacidade e da autodeterminação informacional, designadamente no seu conteúdo de garantia e integralidade dos sistemas informáticos.

Destacamos, desde logo, a existência de respostas desencontradas nas soluções e construções teórico-dogmáticas dos ordenamentos que nos servem de modelo no plano comparatístico (Norte-Americano, Germânico e Italiano), sendo certo que, em qualquer caso, retiraremos de cada um deles soluções a aplicar ao ordenamento jurídico português.

No essencial, partiremos da classificação Norte-Americana de “search”, dirigida ao GPS, como impulso ao tratamento teórico aprofundado da noção de *reasonable expectation of privacy*, discutindo os seus limites intrínsecos, o nível de proteção conferida em relação às soluções de outros ordenamentos - designadamente o germânico no tratamento sofisticado das *online searches* - e a pertinência da sua importação para o ordenamento jurídico português.

Tomaremos ainda posição acerca das soluções comparatísticas de inclusão do GPS como método de obtenção de prova nos diversos ordenamentos, antecipando a nossa adesão parcial à construção dogmática Norte-Americana e ao modo de habilitação formal Germânico do GPS como método de obtenção de prova, manifestando o nosso desacordo em relação a qualquer tentativa de equiparação (como serve de exemplo o ordenamento jurídico Italiano) do GPS a formas tradicionais de aquisição probatória, e reiterando a impossibilidade constitucional de admitir formas de vigilância totais.

A final, proporemos um tratamento dogmático próprio para o GPS como método de obtenção de prova, defendendo a tese da desnecessidade do segredo como requisito da proteção da privacidade; do progressivo esbatimento da relevância jurídica do domínio

público/privado na realidade virtual; e da necessidade de reinterpretação dos institutos do consentimento e da cedência informativa implícita.

A começar, entendemos que os ordenamentos jurídicos norte-americano e germânico têm feito esforços relevantes para atualizar mecanismos de resposta às novas formas de ameaça a direitos fundamentais, seja sob a forma de expansão da área de tutela típica de direitos individuais pré-existentes (reinterpretação da tutela da privacidade), encarando-os com novo fôlego dogmático, seja pela decantação de novos espaços de proteção (direito à autodeterminação informacional).

Desde logo, o BVerfG assume a orientação segundo a qual «[o]s direitos fundamentais estão abertos ao desenvolvimento, e assim evolui para um direito à autodeterminação informacional como resposta às condições modernas de processamento de dados»,<sup>109</sup> ademais referindo, na recente decisão de 20 de abril de 2016, que «[o] legislador deve ajustar-se ao desenvolvimento das tecnologias de informação, que se expande cada vez mais ao encontro de medidas de vigilância que [...] criam um risco de contenderem com o desenvolvimento da personalidade».<sup>110</sup>

De igual maneira, o Supremo Tribunal Norte Americano alargou o âmbito de proteção da 4.<sup>a</sup> Emenda ao direito à privacidade no conhecido caso KATZ, que assinala a insuficiência de uma abordagem com enfoque no direito de propriedade (*trespassory test*), assim impondo o critério interpretativo suplementar de *reasonable expectation of privacy*, manifestado subjetivamente e concretizado objetivamente.

De resto, veja-se que a *Opinion* da Juíza Sotomayor no caso JONES expressa precisamente algumas das considerações que aqui retomaremos em sentido crítico, como seja a desnecessidade de invasão física para a concretização de formas de vigilância/monitorização, a premência da modelação da dimensão objetiva de *reasonable expectation of privacy* e aquilo que entendemos constituir uma necessidade absoluta de redefinição da relevância jurídica da cedência informativa a terceiros e o consentimento.

Em nosso entender, de ambos os ordenamentos resulta uma expansão da área de tutela típica de direitos fundamentais impulsionada pela radical mudança técnico-

---

<sup>109</sup> Decisão do BVerfG, 02.03.2006, 2 BvR 2099/04, tradução não oficial de «[d]ie freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus».

<sup>110</sup> Decisão do BVerfG, 20.04.2016, 1 BvR 966/09, tradução não oficial de «[d]abei hat der Gesetzgeber in seine Abwägung auch die Entwicklung der Informationstechnik einzustellen, die die Reichweite von Überwachungsmaßnahmen zunehmend ausdehnt, ihre Durchführbarkeit erleichtert und Verknüpfungen erlaubt, die bis hin zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen reichen».

científica refletida no surgimento de (potenciais) novos métodos de obtenção de prova, com as implicações que indicaremos.

### 3.1. DESMATERIALIZAÇÃO DA DEVASSA: A (IR)RELEVÂNCIA DA INTROMISSÃO FÍSICA NA DIMENSÃO DA DANOSIDADE

O primeiro núcleo problemático que merece tratamento resulta, então, da circunstância de a *Opinion of the Court* no caso JONES assinalar a irrelevância do tratamento autónomo da instalação de GPS/monitorização por GPS, manifestada, nas palavras impressivas de J. Alito, na consideração de que «[t]he attachment of the GPS device was not itself a search; if the device has not functioned or if the officeres had not used it, no information would have been obtained. And the Court does not contend that the use of the device constituted a search either».

Em termos simples, trata-se aqui de ultrapassar a visão tradicional que implicava na busca (*search*)<sup>111</sup> uma necessária intromissão física no direito de propriedade, para uma abordagem em que, com KATZ, se assume «[t]hat the capacity to claim the protection for the Fourth Amendment depends not upon a property right in the invaded place but upon whether the person who claims the protection of the Amendment has a legitimate expectation of privacy in the invaded place».<sup>112</sup>

Em nossa opinião, os métodos de obtenção de prova técnico-científicos que não carecem de intromissão física para a concretização da sua intromissão, como o GPS, implicam que esteja em princípio excluída a relevância jurídica do ato físico de instalação, por ser funcional (conduta-meio) à concretização da verdadeira devassa.

Assim, entendemos que o ato de colocação/instalação pode ser uma de duas: ou é materialmente consumido pela concretização da intromissão através dos dados obtidos; ou irreleva em termos absolutos como meio de obtenção de prova se a obtenção de dados não se concretizar, havendo então uma “tentativa” não relevante de obtenção de prova que em nada contende com os domínios da esfera da privacidade ou da autodeterminação informacional.

---

<sup>111</sup> Cf. ARTHUR LEAVENS, «The Fourth Amendment and Surveillance in a Digital World», *Western New England University School of Law Review*, 2015, disponível em <http://digitalcommons.law.wne.edu/> (acedido em 23.03.2017).

<sup>112</sup> Decisão do Supremo Tribunal Norte Americano, 17.10.1967, Caso *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

De resto, parece ser esta a tendência dos ordenamentos jurídicos que encabeçam a investigação de matéria de meios de obtenção de prova, fazendo “consumar” a violação de direitos, seja do direito à privacidade, seja do direito à autodeterminação informacional, no “resultado” material de obtenção de dados não-públicos.

A este propósito, veja-se, sobre *online search*, a consideração do BVerfG na decisão de 20 de abril de 2016, que relaciona, sem mais, as formas de aquisição remotas de dados com a violação do direito à privacidade: «[f]or powers of investigation and surveillance constituting serious interferences with privacy [...] These concern specific wide-ranging potential threats to fundamental rights, those entailed in the context of electronic processing of data, as well as case-by-case measures against persons who are being focused on by the acting authorities (Collection of telecommunications traffic data, Telecommunications surveillance under federal, federal state and criminal procedural law, Surveillance of private homes, GPS observation, Online search)». <sup>113</sup>

Assim, como deixámos sugerido, parece-nos que a construção de um regime que habilite expressamente o GPS como método de obtenção de prova não deve atribuir relevância isolada ao ato de instalação/colocação de GPS, revendo antes reconduzir-se à relação material entre os dados obtidos e a proteção conferida constitucionalmente aos direitos individuais afetados, o que em nosso entender merece alguns esclarecimentos hermenêuticos suplementares acerca dos valores constitucionais em causa.

### **3.2. PRIVACIDADE, LIBERDADE DE AÇÃO E AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA: PROTECTION-OF-PERSONHOOD VERSION OF PRIVACY E MUNDO POST-KATZ**

Como se deixou dito a propósito das proibições de prova, <sup>114</sup> o recorte da proteção conferida pelo direito à privacidade não é alheio à influência alemã, designadamente às construções dirigidas às proibições de prova de que nela impactaram: isto quer se trate da teoria da esfera jurídica, da teoria dos três graus, da doutrina da ponderação de interesses, ou da defesa contra a intromissão no domínio da informação.

Assim, convirá reter, reportando-nos ao entendimento do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que o progresso tecnológico tem promovido novas formas de

---

<sup>113</sup> Decisão do BVerfG, 20.04.2016, 1 BvR 966/09.

<sup>114</sup> Cf. Capítulo I.



desenvolvimento da personalidade, o que necessariamente gera implicações na delimitação da proteção conferida.

Somos da opinião de que a base da compreensão do âmbito normativo deste direito no ordenamento jurídico português deve passar predominantemente por uma interpretação dos direitos fundamentais à luz dos princípios de hermenêutica jurídico-constitucional, confrontando, em nosso entender, as novas formas de aquisição de prova com o direito geral à privacidade, à liberdade de ação, à autodeterminação informacional.

Ora, com o Tribunal Constitucional,<sup>115</sup> entendemos que o âmbito objetivo do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada assume hoje contornos de salvaguarda do direito à privacidade que se manifestam sobretudo na tutela do *direito à solidão, do direito ao anonimato e do direito à autodeterminação informativa*,<sup>116</sup> este último numa dimensão de controlo informativo que *impede que o “eu” seja objeto de apropriação pelos outros como matéria de comunicação na esfera pública*.<sup>117</sup>

Ainda na esteira da jurisprudência germânica,<sup>118</sup> o direito à proteção da privacidade é entendido como elemento de garantia autónoma, dirigida ao indivíduo, de uma área temática e espacialmente delimitada, que em princípio estará livre de observações indesejadas.

Todavia, a expansão da área de tutela típica de salvaguarda destes valores opera tanto pela reconfiguração do lastro de aplicação de direitos pré-existentes (direito à privacidade), como pelo surgimento de novas formulações garantísticas, como seja o direito à autodeterminação informativa, entendido como proteção «[q]ue ultrapassa o âmbito de proteção da privacidade. O direito à autodeterminação informativa [a]largou a base de proteção normativa da liberdade de ação e da privacidade, ao aproximar a relevância da agressão do nível de risco de afetação da personalidade.»<sup>119</sup>

Trata-se esta uma consideração de particular acerto atendendo a que o âmbito de proteção da autodeterminação informativa não está por natureza relacionado com a natureza dos dados obtidos.

---

<sup>115</sup> Cf. Ac. TC de 25 de junho de 2001, proc. n.º 306/2003, Relator Mário Torres. Ainda, Ac. do TC de 25 de janeiro de 2002, proc. n.º 368/2002, Relator Artur Maurício. Ac. do TC de 21.04.2008, proc. n.º 230/08, Relatora Maria Lúcia Amaral.

<sup>116</sup> AMITAI ETZIONI, *Privacy in a Cyber Age. Policy and Practice*, Nova York, 2015, pp. 132-133.

<sup>117</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, «A tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra Editora, p. 853.

<sup>118</sup> Decisão do BVerfG, 27.02.2008, 1 BvR 370/07.

<sup>119</sup> BVerfG, 27.02.2008, cit, tradução não oficial de «[d]as Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht über den Schutz der Privatsphäre hinaus. Es gibt dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen».

Assim, mesmo quando os dados obtidos por meio de monitorização do GPS não se afigurem com suficiente danosidade para contenderem com a esfera da *privacidade* do indivíduo sempre, por esta via, se relacionam com o âmbito de proteção conferido pelo *direito à autodeterminação informativa*, designadamente na sua dimensão de *garantia de confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos*.

É nesta sede pertinente, em linha com a construção de CATARINA SARMENTO E CASTRO,<sup>120</sup> assinalar a *dimensão de proibição de acesso a dados respeitante à vida privada*, que tem sido objeto de sofisticado tratamento pela jurisprudência e literatura germânicas, considerando que o direito à autodeterminação informativa acarreta perigo de violação decorrente das novas condições de processamento de dados.<sup>121</sup>

Na verdade, julgamos que a intromissão oferecida pelas novas realidades tecnológicas esbate algumas construções dogmáticas que vão sendo defendidas aqui e ali no ordenamento jurídico nacional, como seja a teoria das três esferas, ou a delimitação a área de tutela típica pelo critério público/privado, em linha o que J. ALITO considera ser a tendência dos novos dispositivos tecnológicos para modelar as expectativas do homem médio sobre a privacidade do seu dia a dia.<sup>122</sup>

Sem prejuízo do reconhecimento dos desafios que o progresso tecnológico oferece, em geral, às formas de aquisição probatória em processo penal, entendemos, no que GPS respeita, que o essencial está em reconhecer que a aferição do grau de danosidade tem referente material (o tipo de dados) e não formal (o “iter” da intromissão).

Desde logo, o critério de aferição da danosidade assente na distinção entre esfera pública/esfera não-pública é substituído por um critério dinâmico dirigido ao *tipo* de informação obtida.

Assim, entendemos que o carácter digital/não-físico/remoto das novas formas de aquisição probatórias implicam um esbatimento progressivo da relevância do critério físico (localização) na aferição da danosidade da intrusão, assim determinando a perda de relevância jurídica da proteção reforçada do domicílio e dos domínios público-privado, naquilo que, aplicado à tutela da privacidade, é entendido por CHRISTOPHER SLOBOGIN como *protection-of-personhood version of privacy*.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> CATARINA SARMENTO E CASTRO, *Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 79.

<sup>121</sup> Cf. BVerfG, 20.04.2016.

<sup>122</sup> ALITO, J., *Concurring Opinion*, cit., p. 12.

<sup>123</sup> CHRISTOPHER SLOBOGIN, «Subpoenas and Privacy», *DePaul Law Review*, Vanderbilt University Law School, 2005.

Assim, é evidente a impraticabilidade da distinção público/privado, porquanto o carácter transmutável dos dados obtidos em função da extensão da intromissão implica, desde logo, que o seu conjunto na esfera *pública* possa merecer o mesmo tipo de proteção tradicionalmente conferida à esfera *privada*.<sup>124</sup>

Nesta medida, julgamos que os desafios da evolução técnica servem de impulso à reafirmação da integridade do direito à privacidade nos termos em que está constitucionalmente previsto, num flanco de análise que nos é oferecido, de forma pertinente, pelo sistema Norte-Americano.

Desde logo, rejeitando configurar o segredo como pré-requisito da proteção conferida pela tutela da privacidade e, depois, destacando a necessidade de reconfiguração das expectativas de privacidade *objetivamente* encaradas como razoáveis à luz dos progressos técnicos.

Neste sentido, convocando a matéria das proibições de prova tratada no Capítulo I, recusa-se em definitivo, através do alargamento que propomos da área de tutela típica da “reserva de intimidade da vida privada”, a delimitação de “graus” de intimidade submetidos a níveis de proteção distintos.

Assim, tudo estando no “tipo” de informação obtida e irrelevando as distinções típicas do universo “físico”, não se pode mais circunscrever a proteção constitucional à vida íntima e deixar a descoberto um conjunto relevantíssimo de esferas da vida, distintas do “segredo” ou do núcleo mais protegido da intimidade, mas cuja violação é geradora de graves lesões à integridade e dignidade das pessoas.

É esta a perspetiva do problema que nos parece decisiva como critério interpretativo que serve a densificação do conceito constitucional indeterminado de “privacidade”, sendo certo que reconhecemos a ausência de um referente normativo no ordenamento jurídico português que coincida com a noção de *reasonable expectation of privacy*, mas não ignorando que tem sido base interpretativa para algumas decisões recentes.<sup>125</sup>

Destaque-se, ainda, a circunstância de o próprio ordenamento jurídico Alemão recorrer à noção de “legítimas expectativas de privacidade” no recente caso, de 20 de abril de 2016, que decidiu a admissibilidade de realização de uma *online search*, aí se dizendo que «[m]esmo que as legítimas expectativas de privacidade” sejam afetadas em

---

<sup>124</sup> No mesmo sentido, RICARD MARTINEZ MARTINEZ, *Tecnologias da la informacion, policia y Constitucion*, Editorial Tirant lo Blanch Llibres, 200, pp. 62 e ss.

<sup>125</sup> Veja-se, exemplificativamente, a referência a “legítimas expectativas de privacidade” no Ac. TRL de 24.09.2014, Proc. 431/13.6TTFUN.L1-4, Relator Jerónimo Freitas. Ainda, Ac. TRP, de 08.09.2014, proc.º n.º 101/13.5TTMTS.P1, Relatora Maria José Costa Pinto.

diferentes graus e o peso da interferência varie significativamente, ainda assim o peso da interferência nesses casos será maior». <sup>126</sup>

Ademais, o próprio TEDH<sup>127</sup> faz relevar este critério, na sua dimensão subjetiva, na decisão do caso UZUN v. ALEMANHA, pronunciando-se no sentido de que «[i]n activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations of privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor».

Assim, é muito relevante referir que em KATZ se sugere um duplo teste para a delimitação da esfera de proteção típica da *expectativa razoável de privacidade*, assente numa dimensão cumulativamente subjetiva e objetiva: «[f]irst that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy, and second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as “reasonable”». <sup>128</sup>

Assim, esta construção exigente da proteção conferida pelas expectativas legítimas de privacidade implicaria a necessidade de alegação e demonstração do referente subjetivo de privacidade e ainda o reconhecimento objetivo da legitimidade desse ensejo.

Ora, o que aqui propomos é, no caso do GPS, algo distinto.

Propomos essencialmente uma reordenação dos dois elementos desta construção, em linha com a tendência expansiva da área de tutela típica de direitos fundamentais como instrumento resposta aos desafios da era digital, falando-se hoje num *mundo pós-Katz*.

Assim, a aplicação um critério presumido de *reasonable expectation of privacy*, mais protetor da área de tutela típica de direitos fundamenais, implicará que da mera existência de um reconhecimento objetivo, pela sociedade, da expectativa de privacidade se possa presumir, sem mais, a existência subjetiva dessa expectativa, afastando-se naturalmente a presunção nos casos em que os comportamentos ou a vontade expressa do visado contrariarem manifestamente a tutela da privacidade objetivamente imposta.

A este propósito, e se bem entendemos, no domínio da monitorização por GPS existe uma imposição constitucional de expectativa objetiva de privacidade, sem necessidade de nenhum fundamento adicional: a liberdade geral de ação, vertente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, implica que a condução da vida de

---

<sup>126</sup> Decisão do BVerfG, 20.04.2016, 1 BvR 966/09, tradução não oficial de «[a]uch wenn hierbei berechnigte Vertraulichkeitserwartungen in verschiedenem Umfang berührt werden und das Eingriffsgewicht der Befugnisse sich deutlich unterscheidet, haben sie in aller Regel ein Eingriffsgewicht, das jedenfalls schwer wiegt. »

<sup>127</sup> Caso Uzun v. Alemanha. Ainda, TEDH, Caso Ludi v. Suíça, 15.06.1992, proc. no. 12433/86.

<sup>128</sup> Justice HARLAN's concurrence em Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

cada um seja autoconformada pela própria atuação, o que pressupõe, como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o direito a não ser espiado”.<sup>129</sup>

Em termos lógicos, de X (dimensão objetiva da expectativa de privacidade) decorre Y (dimensão subjetivada expectativa de privacidade), que gera A (expectativa de privacidade), a menos que N-Y (comportamento dedutivo ou declaração expressa que afaste a dimensão subjetiva).

Assim, a construção teórico-dogmática que se propõe é especialmente relevante na sua dimensão objetiva, porquanto permite conformar a tutela típica do direito à privacidade, naturalmente rígida, com aquilo que a sociedade considera como objetivamente razoável, em perspetiva dinâmica e suscetível de se flexibilizar aos desafios dos progressos-técnico científicos.<sup>130</sup>

É pela circunstância de a sociedade reconhecer um *direito a não ser expiado* que as expectativas individuais subjetivas de um indivíduo monitorizado por meio de GPS com ela se conformam, salvo demonstração em contrário, designadamente nos casos em que do comportamento do indivíduo se possa inferir uma vontade diferente, aqui se convocando a eventual relevância da figura do consentimento (implícito) e da *third-party doctrine* norte-americana.

De resto, entendemos que a aposição do consentimento para efeitos de sanção do vício de nulidade da prova, nos termos e para os efeitos do art. 126.º, n.º 3, CPP, está tendencialmente vedada no contexto da utilização do GPS como método oculto de obtenção de prova.

Em nosso entender, funcionando o princípio da legalidade como principal obstáculo à admissibilidade de métodos de prova atípicos, o afastamento do instituto das proibições de prova por via do consentimento não chega, no caso do GPS, a ter espaço de aplicação.

Em todo o caso, e na densificação da dimensão objetiva de privacidade em atenção ao contexto digital, entendemos, na linha de J. SOTOMAYOR,<sup>131</sup> que é necessário reconsiderar as formulações permissivas das restrições aos direitos constitucionalmente consagrados, designadamente a relevância da *revelação voluntária de informação a terceiros*.<sup>132</sup>

---

<sup>129</sup> J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 465.

<sup>130</sup> Para uma marcada crítica ao teste previsto em Katz como resposta aos desafios tecnológicos, propondo uma *presumption of warrant*, numa abordagem muito interessante, mas com a qual não concordamos, veja-se ARTHUR LEAVENS, “The Fourth Amendment and Surveillance in a Digital World”, cit., p. 27.

<sup>131</sup> SOTOMAYOR, J., Concurring Opinion, *op. cit.*, p. 5: «it may be necessary to reconsider the premise that an individual has no expectation of privacy in information voluntarily disclosed to third parties.»

<sup>132</sup> Decisão do Supremo Tribunal Norte-Americano, Caso *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979), em que

Lembramos, nesta sede, que o processo de utilização do espaço virtual transferiu a *consciência* da lesão para um estágio posterior à utilização.

Assim, não pode atribuir-se relevância jurídica ao consentimento na cedência informativa na extensão em que isso implique uma autorização genérica de lesão, especialmente quando no universo virtual a autorização de lesão de direitos fundamentais não é uma questão não prognosticada pelo utilizador.

A final, a tendência expansiva de proteção conferida aos direitos fundamentais no universo virtual implica que só em casos residuais se possa apor à intromissão uma forma de consentimento que a autorize.

#### 4. NOTA CONCLUSIVA

Este capítulo serviu para ensaiar soluções de acolhimento do GPS como método de obtenção de prova, analisando-se a sua natureza material-substantiva e perscrutando-se os níveis de danosidade associados à sua utilização em processo penal.

A abordagem comparatística dos ordenamentos jurídicos de referência serviu como ponto de partida para sugerir formas de adaptação do edifício normativo às novas formas de obtenção de prova da era digital.

Começámos por assinalar a natureza própria e irrepetível do GPS como método de obtenção de prova extrassensorial, com especial enfoque no tipo de dados obtidos, que são (i) individualmente *mais e diferentes* por comparação aos dados obtidos por formas de vigilância tradicionais (ii) “transmutáveis em grau” consoante a extensão da interferência, adensando-se o seu carácter intrusivo quando encarado globalmente (“Teoria do Mosaico”).

Estas características dos dados obtidos por GPS explicam a intrusividade qualificada deste método de obtenção de prova e justificam uma indagação aprofundada acerca do nível de sacrifício de valor jurídico-constitucional, em especial da esfera da reserva da vida privada e da autodeterminação informacional.

Defendemos neste capítulo, em síntese:

---

o Tribunal considerou que a instalação de uma pena com números de telefone de uma empresa não constitua uma busca porquanto os números teriam necessariamente sido revelados a partes terceiras (companhia telefónica) sendo por isso uma informação não privada.

1. A reconfiguração do critério de aferição da danosidade de (novos) métodos de obtenção de prova em ambiente digital, passando a consistir num critério dinâmico assente no “tipo” de informação gerada;
2. A (ir)relevância da intromissão física no processo de obtenção de dados e a adoção de um modelo de *protection-of-personhood version of privacy*;
3. A premência da reinterpretação da tutela da privacidade em linha com a tendência de expansão da área de tutela típica de direitos fundamentais;
4. A adoção de conceito permissivo de *expectativa de privacidade* que permita retirar a dimensão objetiva do referente constitucional *liberdade geral de ação*, gerando uma presunção de expectativa de privacidade na dimensão subjetiva;
5. A irrelevância tradicional da distinção esfera pública/esfera não-pública na determinação da danosidade do GPS como método de obtenção de prova;
6. A adoção de formas de expansão da tutela da privacidade no contexto tecnológico: a tendencial irrelevância da revelação voluntária de informação a terceiros ou outras nas formas de consentimento na intromissão, encarando-as residualmente, e a desqualificação do “segredo” como requisito da proteção da privacidade.

Aqui chegados, e após perscrutada a natureza própria do GPS enquanto método de obtenção de prova oculto e atípico, que configura invariavelmente um sacrifício de direitos fundamentais, convoca-se, como ponto de partida para o Capítulo III, o argumentário esgrimido no Capítulo I acerca da necessidade de expressa, específica, e detalhada consagração do GPS à luz dos princípios jurídico constitucionais relevantes e da interpretação acertada do art. 125.º CPP.

Assim, demonstraremos em primeiro lugar que o ordenamento jurídico português não oferece cobertura normativa ao GPS como método oculto de obtenção de prova atenta a impossibilidade de aplicação dos arts. 187.º e 189.º CPP e da Lei do Cibercrime.

Finalmente, abriremos caminho à construção de um regime que consagre o GPS como método de obtenção de prova em processo penal, designadamente por meio da delimitação de um edifício normativo especificamente dirigido aos métodos ocultos de obtenção de prova.

### CAPÍTULO III

## CONTRIBUTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM REGIME

### 1. ATIPICIDADE DO GPS COMO MÉTODO OCULTO DE OBTENÇÃO DE PROVA NÃO DEPENDENTE DE COMUNICAÇÃO

O tecido normativo sobre aquisição de prova digital no sistema processual penal português é especialmente opaco e construi-se através de soluções paliativas que pretendem remediar a ausência de um sistema coerente e unitário.

Defendemos neste estudo uma *regra de proibição* ou de *permissão condicionada por habilitação legal expressa*: no essencial, a reserva de lei demarca a atuação do legislador ordinário ao impor a previsão legal de um regime restritivo de direitos fundamentais como requisito imprescindível de admissibilidade de meios de prova ou métodos de obtenção de prova.

Assim, nenhuma restrição de direitos fundamentais determinada pela utilização de métodos de aquisição probatória é irrelevante ao ponto de justificar a desproteção do mandato de reserva de lei e do princípio da legalidade previsto no art. 125.º CPP.

Sem prejuízo, entendemos que não está vedada a integração de um meio de prova ou método de obtenção de prova por via interpretativa noutra estrutura normativa que lhe defina o sentido, alcance e regime.

Ora, em relação aos métodos ocultos de obtenção de prova, de que é exemplo o GPS, a aplicação dos princípios jurídico constitucionais é especialmente intensa porquanto se tratam das formas de aquisição probatórias especialmente insidiosas e intrusivas.

Enquanto método de obtenção de prova oculto, o GPS traz intrinsecamente implicada uma restrição qualificada de direitos, liberdades e garantias, carecendo de legitimação material e formal-procedimental sob pena de estar excluído do catálogo de métodos de obtenção de prova à disposição das instâncias formais de controlo.

Neste passo, importa relembrar que o GPS é um sistema de posicionamento por satélite que, através de técnica de triangulação, permite fornecer e obter, de forma precisa, localização, velocidade e direção do recetor, revelando um tipo de informação impassível de ser obtida através de outros meios de aquisição de prova.

Reduzir o espaço de dúvidas e indefinições passará, logo neste momento, por estabelecer que a específica natureza do GPS<sup>133</sup> não encontra equivalente em nenhum

---

<sup>133</sup> Cf. Capítulo II.



outro método de obtenção de prova regulamentado, tratando-se, numa noção que retomaremos, de uma forma de vigilância oculta *não dependente de comunicação*.

Em nosso entender, a interferência concretizada pelo GPS implica, como acima explicámos, a irrelevância do ato de colocação física do GPS, assim se operando a distinção essencial entre:

- (i) Ingerência em *tempo real* concretizada por vigilância oculta;
- (ii) Acesso a dados de localização *armazenados* em sistema informático.

Ora, concluir pela *inadmissibilidade da utilização do GPS como método oculto de obtenção de prova* depende da demonstração da sua atipicidade, por uma de duas vias: pela ausência habilitação legal expressa ou pela impossibilidade de integração, por via interpretativa, no edifício normativo construído para os métodos de obtenção de prova.

Demonstraremos neste capítulo que o GPS não encontra cobertura legal enquanto método oculto de obtenção de prova no regime de aquisição probatória consagrado no Código de Processo Penal (Ponto 1.1.) ou na Lei do Cibercrime (Ponto 1.2).

Antecipando soluções, entendemos que:

- (i) O art. 189.º CPP, que consagra uma cláusula de extensão que em potência permite a ingerência em processos de comunicação *em tempo real*, não consagra o GPS como método de obtenção de prova;
- (ii) O art. 18.º da Lei do Cibercrime, disposição simétrica aplicável à intercepção de comunicações *em tempo real*, não consagra o GPS como método oculto de obtenção de prova;
- (iii) A existência de disposições que tratam, na Lei do Cibercrime, da apreensão de dados digitais, não se confunde com a consagração normativa do GPS enquanto método de vigilância oculta dirigida à localização do visado.

No essencial, tornar-se-á evidente o regime processual penal português de aquisição de prova não consagra o GPS como método de obtenção de prova, constituindo assim uma forma de obtenção de prova digital oculta e atípica e, por isso, inadmissível.

A final, ensaiaremos pistas de resposta para a consagração de um regime que delimite a intromissão legalmente autorizada, analisando ainda as lacunas e inconsistências do direito processual penal português face aos novos métodos de investigação criminal em ambiente digital (Ponto 4).

## 2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO CONSAGRA O GPS COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA

*Norma e texto da norma* não se confundem, mas também não se dispensam.<sup>134</sup>

Que isto significar que o sentido das normas jurídicas se extrai de um processo de interpretação delimitado pelo texto da norma, não existindo naturalmente um sentido subjacente ou anterior ao texto, mas apenas sentidos *contextualizados*.<sup>135</sup>

Sem prejuízo, o enunciado que indica que *[a] interpretação não deve cingir-se à letra da lei*<sup>136</sup> exprime a construção de que o texto da norma não constitui o único elemento a do círculo hermenêutico, e que o ato de interpretação não se reduz a um processo de fixação do sentido textual da norma, implicando, em contrário, um perscrutar das circunstâncias em que a norma foi elaborada e das condições do tempo em que é aplicada, ainda que com o contrapeso do texto como *[l]imite para a interpretação*.

Assim, a norma-texto supõe uma noção de *texto* e de *sentido*, este último a ser identificado pelo intérprete à luz das regras de hermenêutica jurídica.<sup>137</sup>

Este breve excursus deve valer como ponto de referência para compreender o sentido e o alcance do art. 189.º do Código de Processo Penal, normativo introduzido com a Reforma Penal de 2007<sup>138</sup> e compreensivelmente descrito por COSTA ANDRADE como “casa dos horrores hermenêutico”.<sup>139</sup>

Ora, nos termos do n.º 1 desta disposição normativa, e para o que nos interessa, «[o] disposto nos arts. 187.º e 188.º é correspondentemente aplicável às conversações ou comunicações transmitidas por qualquer meio técnico diferente do telefone, designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via

<sup>134</sup> Na esteira de JOSÉ DE SOUSA E BRITO, «Sentido e valor da análise do crime», *Textos de Direito Penal*, II, (reimpress.), Lisboa, AAFDL, 1999, p.45, chama-se subsunção à [o]peração de determinar a lei aplicável a um certo facto, olhada do ponto de vista do caso concreto. Falando em fixação do sentido jurídico definitivo do texto, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Penal, Parte Geral*, AAFDL, 1994, p.49.

<sup>135</sup> Para melhores desenvolvimentos, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 17 e pp. 117 e ss.

<sup>136</sup> Artigo 9.º do Código Civil.

<sup>137</sup> No sentido de que só a atividade interpretativa nos dá o sentido da fonte ou o conteúdo da regra jurídica, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit. pp. 175-176.

<sup>138</sup> Até aqui admitia-se a obtenção de dados de localização celular com base numa interpretação extensiva do artigo 187.º do CPP, o não é hoje admissível atendendo à consagração expressa de uma norma de extensão. No sentido anterior à Reforma, veja-se, entre outros, o Ac. TC n.º 486/2009, de 28 de setembro de 2009, proc. 4/09, Relator Conselheiro Cura Mariano. Ainda, mal, o sentido da aplicação analógica do artigo 187.º do CPP, o Ac. TRP, de 21 de março de 2013, Proc. 246/12.9TAOAZ-A.P, Relator Joaquim Gomes, no sentido de que *[a] localização através da tecnologia GPS (Global Positioning System) está sujeita a autorização judicial, aplicando-se, por interpretação analógica, o disposto no artigo 187.º do Código de Processo Penal*.

<sup>139</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado*, cit. pp. 184-187.

telemática, mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital, e à interceptação das comunicações entre presentes».

É precisamente este regime das escutas telefónicas que, diretamente (art. 187.º) ou por extensão (art. 189.º) tem sido apresentado por alguma doutrina e jurisprudência como sendo capaz de conter uma solução de consagração do GPS.<sup>140</sup>

Como se verá, a atividade hermenêutica, na parte em que se refere à letra da lei como limite à interpretação, é impeditiva de uma tal conclusão, devendo entender-se que o GPS não encontra cobertura legal no regime das telecomunicações, diretamente (187.º) ou por extensão (189.º), desde logo porque não é “telecomunicação”, sendo em absoluto alheio à realidade comunicacional das “conversações” ou “comunicações”.

Assim, constituindo a letra da lei limite à interpretação do sentido da norma-texto, não se ignora que o segmento normativo, na parte em que se refere a *conversações ou comunicações*, recorta o campo de aplicação da norma excluindo da sua previsão todos os objetos de transmissão que não sejam *conversações ou comunicações*.

É neste sentido impressiva a posição de COSTA ANDRADE quando refere que «[a] pertinência dos dados à categoria e ao regime das telecomunicações pressupõe, em qualquer caso, a sua vinculação a uma concreta e efectiva comunicação – ao menos tentada/falhada – entre pessoas».<sup>141</sup>

Neste passo, resulta da natureza e função do GPS que os dados de localização por si gerados são alheios a qualquer forma de “comunicação” ou “conversação”, não dependendo delas nem as admitindo como condição de funcionamento, ou sequer se confundindo com formas (algo datadas) de localização celular por transmissão analógica de dados através de rede GMS (*Global System for Mobile Communications*).<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> A doutrina maioritária tem vindo a defender a necessidade de o GPS estar incluído em habilitação expressa, excluindo a sua admissibilidade nessa ausência. Neste sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 322; MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado*, cit. p. 113 e a importante e corretíssima Decisão do TRL de 13 de abril de 2016, proc. 2903/11.8TACSC.L1-1, Relator Carlos Almeida. De resto, não vemos como pôde o STJ, no acórdão supramencionado de 8 de janeiro de 2014, reconduzir a questão do GPS ao artigo 188.º do CPP, que se limita a consagrar as formalidades, ainda que substanciais, que concretizam as normas de admissibilidade de métodos de obtenção de prova apenas previstas nos artigos 187.º e 189.º do CPP.

<sup>141</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no Verão Passado*, cit. p. 161.

<sup>142</sup> Em que os equipamentos móveis contêm um identificador único (IMEI – *International Mobile Subscriber Identity*) ligados a uma antena de transmissão que supõe comunicação, permitindo-se a identificação do cliente e a definição de uma “área” de localização, apesar de não corresponder a um registo de localização tão preciso quanto o GPS.

Em contrário, o GPS opera por via satélite, através de um sistema complexo de triangulação, e não está associado a nenhum processo comunicacional.

Ora, este distanciamento do GPS das noções de “comunicação” ou “conversação” traduz mais do que uma mera subtiliza tecnológica, determinando na verdade a impossibilidade de que este se inclua no sentido textual do art. 189.º CPP.

Neste mesmo sentido, o certíssimo aresto do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de abril de 2016, Relator Carlos Almeida, destaca tanto a impossibilidade de integração do GPS no normativo dirigido à tutela das telecomunicações como a inexistência de uma norma legal habilitante, referindo-se de forma impressiva que:<sup>143</sup>

«[A] questão que se coloca é a de saber se um meio de obtenção de prova com estas características, que não se confunde nem se equipara à interceptação das comunicações, é, entre nós, permitido, dada a ausência de lei que legitime a sua utilização, delimite os crimes que a admitem, estabeleça o procedimento a adoptar e fixe a competência para autorizar o seu uso e controlar todo o procedimento que tiver lugar».

Ademais, também do ponto de vista da teleologia da norma, a aplicação da proteção conferida pelo regime legalmente estabelecido para as escutas telefónicas, por via direta (art. 187.º) ou através da cláusula de extensão (art. 189.º), tem como critério distintivo a situação de “comunicação” / “conversação”, estando o GPS, pela sua própria natureza e função, fora desta realidade, conclusão que aliás se conforma com as regras do pensamento racional (elemento lógico).

De resto, trata-se de um normativo de extensão inserido sistematicamente no Capítulo IV do CPP, sob epígrafe “Das escutas telefónicas”, cujo principal propósito é concretizar em legislação ordinária a tutela jurídica da inviolabilidade das telecomunicações, alheia à realidade dos dados obtidos por GPS.

Não pode também ignorar-se a importância histórica das discussões preliminares da Unidade de Missão para a Reforma Penal de 2009, onde se assumiu expressamente a ausência de um normativo que consagrasse a obtenção de dados de localização por GPS, afirmando-se não estar essa questão tratada *[e]m sede geral de obtenção de prova*, e antes

---

<sup>143</sup> Ac. TRL de 13 de abril de 2016, proc. 2903/11.8TACSC.L1-1, Relator Carlos Almeida.

devendo, pela sua elevada complexidade técnica, ser *[t]ratada no âmbito da legislação sobre “cibercrime”*.<sup>144</sup>

Ainda sob o prisma deste art., as mesmas razões expendidas acima permitem afastar a subsunção do GPS à noção de *outras formas de transmissão de dados por via telemática*, por estas se entendendo, na noção de BENJAMIM SILVA RODRIGUES, «[o] conjunto de serviços e técnicas que combinam a utilização de recursos informáticos com os das telecomunicações». <sup>145</sup>

Ora, não só se trata este de um segmento normativo indistintamente orientado para a proteção da inviolabilidade das comunicações, de escopo normativo alheio ao GPS, como falha em termos objetivos a sua inserção na semântica da norma-texto porquanto a tecnologia GPS não combina a utilização de recursos informáticos com os das telecomunicações.

Como facilmente se intui do que se deixa dito, os dados de localização obtidos por GPS são alheios à realidade de comunicação/conversação, estando por isso excluídos da moldura semântica do texto-norma do art. 189.º CPP.

Antecipando considerações que a breve trecho retomaremos, entendemos, em qualquer caso, que a Lei do Cibercrime revogou<sup>146</sup> em larga escala grande parte do âmbito de aplicação deste normativo.

Finalmente, entendemos que o GPS não está consagrado em qualquer outro regime de aquisição probatória consagrado no Código de Processo Penal, excluindo-se a tentativa de algum setor jurisprudencial de ver no art. 252.º-A do Código de Processo Penal, <sup>147</sup> sob epígrafe “localização celular”, <sup>148</sup> uma solução para o GPS como método de obtenção de prova.

---

<sup>144</sup> Ata n.º 25 da Unidade de Missão, de 24 de julho de 2006. As citações são atribuídas ao Coordenador da Ata de Missão para a Reforma Penal, Dr. Rui Pereira.

<sup>145</sup> BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Das Escutas Telefónicas - Tomo I, A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais das escutas telefónicas*, tomo I, Coimbra, 2008, p. 464. Ainda INÊS FERREIRA LEITE, «O novo regime das escutas telefónicas. Uma visão panorâmica da reforma de 2007», *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (coord. Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/Augusto Silva Dias/Paulo Sousa Mendes), Coimbra, Almedina, 2014, pp. 81 e ss.

<sup>146</sup> Veja-se o Título 3 deste Capítulo.

<sup>147</sup> Ac. STJ, de 8 de janeiro de 2014, Proc. 7/10.0TELSB.L1.S1, 3.ª Secção, Relator Armindo Monteiro, afirmando erradamente que «a] localização celular é uma inovação introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29/8, que, enquanto meio de obtenção de prova, se mostra prevista nos art.ºs 188.º e 252.º-A do CPP. »

<sup>148</sup> Trata-se esta de uma medida cautelar e de polícia, entendida como “atividade processual avulsa” dependente de requisitos de necessidade e urgência, e que não se confunde com os regimes de aquisição probatória que servem à prova penal. Neste caso, acresce o âmbito de aplicação limitado, por estar dependente da necessidade de *[a]fastar o perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave*.

Acontece, neste passo, que o art. 252.º-A é uma *[p]revisão de carácter excepcional para situações de carácter excepcional*<sup>149</sup> que tem natureza de *medida cautelar e de polícia*,<sup>150</sup> não se confundindo por isso com os regimes de aquisição probatória que servem à prova penal.

Assim, não se admite uma interpretação que retire de um ato processual avulso sem natureza processual, como é o que o 252.º-A CPP autoriza, a admissibilidade de um método oculto de obtenção de prova especialmente restritivo de direitos fundamentais.

Em apertada síntese, nenhuma disposição normativa do Código de Processo Penal permite, expressamente ou com recurso a técnica de interpretação, que dela se retire a necessária habilitação legal do GPS como condição de admissibilidade para a sua consagração como método oculto de obtenção de prova.

### **3. A LEI DO CIBERCRIME NÃO CONSAGRA O GPS COMO MÉTODO OCULTO DE OBTENÇÃO DE PROVA**

Como deixámos antecipado, as novidades legislativas no edifício normativo processual penal português - ainda que de acerto duvidoso - fizeram-se sentir ao arrimo do “admirável mundo novo” das novas tecnologias, concretizando a prognose de ANABELA MIRANDA RODRIGUES quando afirma que *[o] processo muda com o mundo, o processo penal mudou*.<sup>151</sup>

O reflexo mais evidente dessa urgência de mudança foi concretizado pela Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, que aprova a Lei do Cibercrime, transpondo para o ordenamento jurídico português a Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, 24 de fevereiro.<sup>152</sup>

---

<sup>149</sup> Neste caso, acresce o âmbito de aplicação limitado, por estar dependente da necessidade de afastar o perigo para a vida ou de ofensa à integridade física grave. Não se admite, assim, uma interpretação que retire de um ato que não tem sequer natureza processual um método oculto de obtenção de prova. Neste sentido, o Ac. TRE, 20.01.2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, Relator João Gomes de Sousa.

<sup>150</sup> ANTÓNIO HENRIQUES GASPAR et al., *Código de Processo Penal Comentado*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 940, entendida como «[a]tividade processual avulsa e dependente de requisitos de necessidade e urgência».

<sup>151</sup> ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 14, outubro-dezembro 2002, pp. 549-550.

<sup>152</sup> Também no quadro da transposição de obrigações internacionais, é relevante fazer referência à Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, que visou transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, *relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicação eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações*.

Todavia, a originalidade da Lei do Cibercrime, desacompanhada de soluções ponderadas e consolidadas de política-legislativa e de um cuidado tratamento sistemático, implica que hoje a determinação do regime geral de aquisição probatória em processo penal seja um autêntico Jogo de Matrioskas, em que normativos ocos se vão inserindo uns nos outros dando a aparência de unicidade.

No que interessa à nossa análise, a Lei do Cibercrime estabelece regras gerais de aquisição probatória aplicáveis a quaisquer crimes *[e]m relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico* (art. 11.º, n.º 1, alínea c).

Desta disposição normativa resulta que, em solução muito criticável, a Lei do Cibercrime se dirige a uma realidade irrestrita em termos de direito penal substantivo, que se conforma mal com a imposição genérica de um catálogo de crimes para a admissibilidade de métodos obtenção de prova nos termos das regras de aquisição probatória do CPP.<sup>153</sup>

Ora, simples entrecruzar das disposições normativas permite desde já antecipar que a consagração de um conjunto de disposições normativas probatórias com vocação de aplicação genérica (art. 11.º) conflitua com o regime geral de métodos de obtenção de prova previstos no CPP, onerando o intérprete com um conjunto de operações hermenêuticas para desembaraçar sobreposições.

Neste sentido, entendemos, com PAULO DÁ MESQUITA, que «[n]ada obsta a que o intérprete aborde o capítulo III da Lei do Cibercrime essencialmente como um envergonhado ou escondido novo Capítulo V (“da prova electrónica”) do título III (“meios de obtenção de prova”) do Código de Processo Penal.»<sup>154</sup>

A pertinência da análise da Lei do Cibercrime quanto à questão da admissibilidade do GPS como método de aquisição probatória surge na parte em que se consagra nesta lei um regime próprio de intercepção de comunicações (art. 18.º), em delicada articulação com o regime de intercepção de comunicações previsto nos art. 187.º a 190.º CPP.

Assim, o argumentário expandido a propósito do art. 189.º CPP, justificando a sua não aplicação ao GPS como método de obtenção de prova por estar fora da realidade de “comunicações” ou “conversações”, tem plena aplicação quanto ao art. 18.º da Lei do Cibercrime, que constitui o seu equivalente em lei extravagante.

---

<sup>153</sup> Ainda que salguarde o catálogo nos artigos 18.º e 19.º da Lei do Cibercrime.

<sup>154</sup> PAULO DÁ MESQUITA, *Processo penal, prova e sistema judiciário*, 1.ª ed, Coimbra, Wolters Kluwer, 2010, p. 101.

Assim, a utilidade de perscrutar o regime da Lei do Cibercrime quanto à questão do GPS está em esclarecer que nele se consagra um capítulo de prova digital muito relevante nos termos do regime geral da prova penal, ainda que nele não se inclua o GPS como forma de aquisição probatória.

O art. 18.º da Lei do Cibercrime, sob epígrafe “Intercepção de Comunicações” determina, em conjugação com o art. 11.º desta Lei, que o normativo abrange os processos relativos a crimes *previstos na própria Lei do Cibercrime, ou cometidos por meio de sistema informático, em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, quando tais crimes se encontrem previstos no artigo 187.º do Código de Processo Penal.*

Ademais, nos termos do n.º 3 deste artigo, *[a] intercepção pode destinar-se ao registo de dados relativos ao conteúdo das comunicações ou visar apenas a recolha e registo de dados de tráfego,*

Ora, o primeiro aspeto a destacar, e que convoca a aplicação de mais um regime neste jogo normativo de *Matrioskas*, é a circunstância fundamental de o art. 18.º da Lei do Cibercrime, referente à intercepção de dados de conteúdo ou de dados de tráfego, se reportar exclusivamente à intercepção da comunicação em tempo real.

A este propósito entendemos, com RITA CASTANHEIRA NEVES,<sup>155</sup> que só a intercepção de dados de comunicação em tempo real (e não em momento posterior à cessação do ato de comunicação) aí está previsto e só ela interfere com o direito à inviolabilidade das comunicações, justificando a tutela constitucional e infraconstitucional acrescida.

Assim, mesmo que se pudesse aplicar ao GPS como método oculto de obtenção de prova – o que contrariamos – sempre o art. 18.º da Lei do Cibercrime estaria limitado à primeira modalidade de ingerência (intercepção da localização em tempo real), reconduzindo-se o segundo caso (acesso a dados de localização GPS armazenados em sistema informático) ao regime da apreensão de dados informáticos dos arts. 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime e à Lei n.º 32/2008, de 17 de julho.

Neste passo, é muito relevante clarificar que a circunstância de a Lei do Cibercrime tratar em disposições autónomas a *apreensão de dados informáticos* (art. 16.º)<sup>156</sup> armazenados ou conservados não se confunde com a admissibilidade das *online search*

---

<sup>155</sup> RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências das comunicações eletrónicas*, cit. p. 278.

<sup>156</sup> O artigo 15.º da Lei do Cibercrime consagra um equivalente do regime de buscas e o artigo 16.º das apreensões.



germânicas, no sentido em que se tratam estas de forma de acesso remoto sem conhecimento do visado.

Entendemos que o art. 16.º da Lei do Cibercrime se limita a elencar as formas legalmente autorizadas de apreensão de dados informáticos, mas nelas não incluindo a possibilidade de acesso remoto sem conhecimento do visado.<sup>157</sup>

Assim, a Lei do Cibercrime não consagra a *online search*<sup>158</sup> como forma eventualmente capaz de sustentar a admissibilidade da ingerência do GPS na modalidade de acesso aos dados de localização armazenados em sistema informático, excluindo-se assim esta forma de aquisição probatória porque se trata de um método oculto de obtenção de prova atípico.

Partindo para a análise da concreta disposição normativa, começamos por notar que a norma-texto comporta, no n.º 1 deste artigo, uma remissão para o art. 187.º CPP,<sup>159</sup> não operando, todavia, semelhante remissão para o art. 189.º CPP.

Ora, a ausência de remissão expressa para o regime do art. 189.º CPP, conjugada com uma regulação concorrente com o campo de aplicação desse regime, implica que o art. 18.º da Lei do Cibercrime tenha operado uma revogação quase completa do art. 189.º CPP, a ele se substituindo em tudo o que lhe seja sobreponível.

Tudo ponderado, o art. 18.º da Lei do Cibercrime reduz o espaço de aplicação do art. 189.º CPP aos crimes previstos no art. 187.º do Código de Processo Penal desde que *não sejam cometidos por meio de sistema informático, ou em relação aos quais não seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico*.

Do que fica dito conclui-se que o atual regime da interceção de comunicações é hoje sujeito à intervenção normativa de uma lei extravagante que censuravelmente regula, em matéria de aquisição de prova, tanto ou mais do que a lei geral adjetiva, revogando-a parcialmente.

Em termos simples, é a natureza não-comunicacional do GPS que, tal como veda a sua inclusão nos arts. 187.º a 189.º do Código de Processo Penal, veda igualmente a aplicação do normativo simétrico previsto no art. 18.º da Lei do Cibercrime, precludindo-

---

<sup>157</sup> Sobre este assunto, de forma aturada, SUSAN BRENNER, «Law, Dissonance and Remote Computer Searches», *University of North Carolina J.O.L.T.*, 2012, disponível em <https://ssrn.com>. (acedido em 11.02.2017).

<sup>158</sup> No mesmo sentido, RITA CASTANHEIRA NEVES, *As ingerências das comunicações eletrónicas*, p. 284.

<sup>159</sup> É conveniente a solução que não compromete o artigo 187.º do CPP, garantindo que os requisitos de admissibilidade e de forma que aí se estabelecem se dirigem também ao campo de aplicação do artigo 18.º da Lei do Cibercrime.

se, em termos absolutos, a possibilidade de se ver consagrada a obtenção de dados de localização GPS em tempo real e por acesso remoto através da Lei do Cibercrime.

De resto, o específico lastro de aplicação do GPS enquanto forma de aquisição informativa está na possibilidade de obtenção de dados à distância e em tempo real, o que se veda por ausência de norma legal de autorização:

- (i) A um passo, pela natureza não-comunicacional do GPS não se admite a aplicação do regime que regula formas de ingerência “comunicacionais” (arts. 187.º a 189.º CPP e art. 18.º Lei do Cibercrime);
- (ii) Por outro lado, mesmo que assim não fosse, os dados de localização em armazenados estão excluídos do art. 18.º da Lei do Cibercrime - apenas aplicável a interferências em tempo real - seguindo o regime das apreensões de dados previsto nos arts. 15.º e 16.º da Lei do Cibercrime, e que por sua vez não autoriza formas ocultas de apreensão como sempre implicaria o acesso a dados GPS.

Como antecipámos, os dados de localização obtidos por meio de GPS devem ser submetidos a um duplo tratamento: enquanto forma de aquisição informativa em tempo real e enquanto informação armazenada/conservada em suporte digital (suporte físico de memória, *Cloud Storage*, ou qualquer outro meio).

Assim, convocamos um duplo tratamento inspirado nas duas fases de proteção da Teoria do domínio da informação de AMELUNG: num primeiro e fundamental momento existe uma *proibição de intromissão*, e num segundo momento proíbe-se a *conservação e utilização* da informação indevidamente obtida por via da intromissão.

Todavia, entendemos que o momento específico de ingerência do GPS está na aquisição informativa de dados localização em *tempo real* e em *acesso remoto*, e que essa forma de obtenção de prova está, na ausência de habilitação legal, absolutamente vedada como método de obtenção de prova.

Num segundo momento, que já nada tem que ver com a ingerência específica do GPS, o que se pretende é aceder a uma informação armazenada num sistema informático, indistinta por comparação a outros dados, e em relação aos quais a Lei do Cibercrime vem permitir a pesquisa (art. 15.º) e apreensão (art. 16.º), nos termos restritos do regime das buscas previsto no art. 174.º CPP e do âmbito de aplicação da Lei do Cibercrime (art. 11.º).

Assim, um dado de localização armazenado perde, de algum modo, as particularidades da sua trajetória, passando a relevar em termos gerais como dado digital, sem que se possa associar-se à ingerência específica da vigilância do GPS como método oculto de obtenção de prova, dirigido à aquisição informativa oculta e em tempo real.

Em síntese, entendemos que:

- (i) O art. 18.º da Lei do Cibercrime, enquanto quadro normativo simétrico ao artigo 189.º CPP, não permite, pelas considerações tomadas a propósito deste, a inclusão do GPS como método de obtenção de prova;
- (ii) O art. 18.º e o art. 189.º CPP têm um campo de aplicação limitado à interceção de comunicações em *tempo real*, sendo certo que art. 18.º da Lei do Cibercrime opera uma revogação parcial do art. 189.º CPP.
- (iii) A ingerência em dados armazenados é regulada nos arts. 15.º, 16.º e 17.º da Lei do Cibercrime, em conjugação com a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, este último constituindo relativamente aos dados “conservados” um regime especial relativamente ao capítulo processual penal geral que consta da Lei do Cibercrime;<sup>160</sup>
- (iv) A possibilidade de pesquisa e apreensão de dados digitais (como os dados de localização) nas circunstâncias limitadas da Lei do Cibercrime não se confunde com a previsão da admissibilidade do GPS como método oculto de obtenção de prova mobilizada à vigilância oculta e em tempo real;
- (v) A Lei do Cibercrime não comporta as *buscas online* como método oculto de obtenção de prova capaz de justificar a ingerência remota aos dados de localização GPS armazenados em sistema informático.

Por tudo o que se disse, a opção do legislador concretizada na Lei do Cibercrime deixa absolutamente sem cobertura o GPS como método oculto de obtenção de prova, determinando a sua inadmissibilidade em termos gerais.

Tudo ponderado, numa cadeia de sucessivas pulsões conflituantes, marcada por normas construídas na ausência de um referente sistemático, a Lei do Cibercrime não concretizou a necessidade de autonomização de um regime próprio e exclusivo para os métodos ocultos de obtenção de prova digital, deixando igualmente de consagrar soluções

---

<sup>160</sup> Neste sentido, o Ac. TRE, de 20.01.2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, Relator João Gomes de Sousa.

normativas com plasticidade suficiente para absorver as inovações tecnológicas do mundo da vida.

#### **4. DA DESADEQUAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL À PROVA ELETRÓNICA E DA PROPOSTA DE CONSTRUÇÃO DE UM REGIME HABILITANTE**

Reconduzimo-nos inteiramente, desde o início deste estudo, à formulação traduzida nas palavras impressionantes de COSTA ANDRADE: «[o] recurso a um novo meio técnico (oculto e invasivo) de investigação em processo penal (v.g. GPS) só é possível depois de prévia – explícita e autónoma – legitimação legal».

Ora, fornecer ao legislador português o arrimo para consagrar o GPS como método de obtenção de prova (oculto) implica reconhecer as dificuldades que se têm sentido em incorporar dos recentes desenvolvimentos tecnológicos no edifício normativo processual penal.

Desde logo, a desmaterialização operada pelo mundo digital implica antecipar que a solução de remeter *novas* realidades digitais para os *velhos* modos de aquisição probatória processual penal é sempre geradora de problemas.

Uma das causas das assimetrias e descontinuidades do sistema atual é certamente a ausência de uma reconfiguração das construções jurídico-dogmáticas dirigidas a novas formas de invasividade ocultas.

De resto, mal se compreende que meios de prova e métodos de obtenção de prova do mundo digital, ocultos e insidiosos, possam explorar os silêncios e lacunas da lei, continuando a marcar presença na realidade da aplicação do direito através de soluções desformalizadas, sem reivindicarem outra legitimação para além da invocação da necessidade criminalística de uma “justiça eficaz”.

Ora, neste passo, nem a Lei do Cibercrime supera as soluções imobilistas do sistema quando compatibilizado com um conjunto de regras concorrentes que têm impelido a sucessivas aplicações e “desaplicações” normativas entre o CPP, a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho e a Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, em semelhança com um Jogo de Matrioskas, resultando hoje num conjunto de disposições ocas que desaparecem quando consumidas por outras normas de previsão.

Esta inconsistência é para nós sintoma da ausência de um pensamento político-criminal consolidado e de médio prazo que concretizaria aquilo que idealmente deveria ser, nas palavras de CASTANHEIRA NEVES, «[a] válida conciliação de dois princípios ético-

jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade ético-jurídica – i.e., do sistema de valores ético-jurídicos que informa a ordem jurídica, e que encontra a sua tutela normativa no direito material criminal – e o princípio do respeito e garantia de liberdade e dignidade dos cidadãos, i.e., os direitos irredutíveis da pessoa humana.»<sup>161</sup>

Ensaiai pistas de resposta para a construção de um edifício normativo passa, em nosso entender, por identificar como primeiro passo do programa normativo que propomos a exigência material de explícita e autónoma habilitação legal de novos meios de aquisição probatória, em cumprimento do mandato imposto pelo princípio da reserva de lei e pelo princípio da legalidade, como explicámos detalhadamente no Capítulo I deste estudo.

Assim, é para nós especialmente importante a dimensão do princípio da reserva de lei material que impõe como condição de legitimação de um método oculto restritivo de direitos fundamentais o crivo da *quality of the law*, desde logo porque o juízo de ponderação que materializa o princípio da proporcionalidade não se faz sem a existência de um regime processual que defina de forma *clara, detalhada e precisa* os fundamentos, fins, e limites do método de aquisição probatória.

Assim, deve exigir-se uma intensa densidade normativa da lei habilitante restritiva de direitos fundamentais de tal modo que seja *[a]ccessible to the persons concerned, precise and foreseeable in its application*,<sup>162</sup> circunstância especialmente valiosa no domínio de formas aquisitivas ocultas em que o visado não tem consciência *concreta* da ingerência, devendo pelo menos tomá-la *em abstrato* como possível.

No mesmo sentido, COSTA ANDRADE, identificando a tendência fixada pelo Tribunal Constitucional alemão, como se viu no capítulo II, em matéria de investigação com recurso às novas tecnologias no domínio das telecomunicações, refere que «[s]ó uma lei expressa, clara e determinada, especificamente reportada à técnica em causa, definidora e delimitadora da respectiva medida de invasividade e devassa, pode legitimar a sua utilização como meio de obtenção de prova em processo penal». <sup>163</sup>

Assim, nesta dimensão, impõe-se em primeiro plano a consagração de um catálogo taxativo de infrações especialmente restritivo que justifique o recurso a métodos ocultos de obtenção de prova em domínio digital:

---

<sup>161</sup> ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, 1967-1968, Coimbra, p. 58.

<sup>162</sup> Decisão do TEDH, de 07.07.2011, Caso *Serkov v. Ukraine*, proc. no. 39766/05.

<sup>163</sup> MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Bruscamente no verão passado*, cit., p. 140.

- (i) Que não admita a aplicação a uma realidade irrestrita de casos em termos de direito penal substantiva, contrariando a disposição normativa do art. 11.º do Cibercrime;
- (ii) Que seja mais exigente por comparação ao catálogo do art. 187.º CPP, impondo-se como crivo os crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável seja superior a 5 anos;
- (iii) Que se adote uma formulação próxima da do regime das revistas (art. 174.º do CPP), na parte em que impõe a verificação de “indícios”, passando a exigir-se, como condição de admissibilidade, a verificação de “fortes indícios”;
- (iv) Que se impeça a utilização cumulativa de mais do que um método oculto de obtenção de prova em ambiente digital.

Fechado este ponto, as dificuldades sobem de proporção quando se perscruta a natureza material-substantiva dos métodos ocultos de obtenção de prova, que em nosso entender justificam a consagração no CPP de um sistema normativo jurídico-processual que os preveja exclusiva e autonomamente, em linha com a solução germânica, que inclui na Secção VIII do StPO, (“Apreensão, interceção de telecomunicações, pesquisas *online*, utilização de dispositivos técnicos ocultos, e buscas”) o § art. 101 sob epígrafe “Regras processuais para medidas ocultas de obtenção de prova.”<sup>164</sup>

De resto, a necessária habilitação expressa e autónoma do GPS no edifício normativo processual penal português não impede que o normativo de consagração seja integrado num elenco enunciativo dirigido especificamente aos métodos ocultos de obtenção de prova, numa solução que assegura que as constantes inovações tecnológicas encontrem eco na malha normativa processual sem necessidade de constantes intervenções legislativas.

Depois, somos da opinião de que a base da compreensão do âmbito normativo de um regime de métodos ocultos de obtenção de prova no ordenamento jurídico português deve passar predominantemente por uma interpretação dos princípios de hermenêutica jurídico-constitucional, que, pela estrutura de princípios, têm plasticidade e adequação para fazer face aos novos desafios da era digital.

---

<sup>164</sup> Tradução livre de “Verfahrensregelungen bei verdeckten Maßnahmen” (§ 101), na versão mais recente do StPO, introduzida pela Lei de 18 de Julho de 2017.

Ora, é precisamente a partir do universo da tutela típica de direitos fundamentais, reconhecendo-se a necessidade de se expandirem às novas realidades do ser da vida, que se recorta a medida da intromissão legalmente autorizada, corporizando o processo penal que HENKEL há muito qualificou como “direito constitucional aplicado”.

Desde logo, o quadro normativo deve reger-se pelo princípio da proporcionalidade, tomado, na expressão de ALEXY, como *[o]timização relativamente às possibilidades jurídicas*,<sup>165</sup> e concretizado nesta sede na exigência de um catálogo de tipos incriminadores particularmente restrito e que, pelas suas características, justifique o recurso a métodos de aquisição probatória ocultos.

O princípio da proporcionalidade, isoladamente, serve ainda à mobilização do texto da habilitação legal para a consagração de zonas de ponderação concretas deixadas ao aplicador da medida de intromissão, não bastando o simples cumprimento a simples inscrição legal cumpridora do mandato de ponderação.

Na esteira de MARIA FERNANDA PALMA, «[a] tutela e as restrições da reserva da via privada não dependem de meras ponderações do valor privacidade com o interesse público, nem de uma lógica estática de esferas violáveis e invioláveis, mas de critérios dinâmicos que consideram, nos casos concretos, a repercussão noutros direitos fundamentais de eventuais restrições e a adequação e a justificação dessas restrições em função dos fins visados». <sup>166</sup>

Ademais, deve o próprio regime dos métodos ocultos, através do princípio da subsidiariedade,<sup>167</sup> ser autolimitativo e contrariar a sua pulsão interventiva, em linha com o segmento normativo hoje previsto no art. 187.º CPP, que estabelece uma admissibilidade condicionada daquele meio pela circunstância de a prova ser, *de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*.

Assim, só será admissível o recurso ao GPS quando não seja possível, ou só seja possível com dificuldades muito acrescidas, prosseguir com sucesso a investigação com recurso a métodos de aquisição de prova menos gravosos ou invasivos, podendo prever-se uma formulação próxima da que hoje se consagra no art. 187.º CPP, no sentido em que a sua admissibilidade está dependente da existência de «[r]azões para crer que a diligência

---

<sup>165</sup> ROBERT ALEXY, *Theory of constitutional rights*, cit., p. 304.

<sup>166</sup> MARIA FERNANDA PALMA, «Tutela da vida privada e processo penal», *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007, p. 657.

<sup>167</sup> Seguimos de perto MANUEL DA COSTA ANDRADE, «Escutas telefónicas, conhecimentos fortuitos e Primeiro Ministro», *Revista de legislação e Jurisprudência*, n.º 3962, Ano 139, 2010, quando refere que «[a] ideia ou o princípio de subsidiariedade comporta uma dimensão irreduzível de proporcionalidade.»

é indispensável à descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter. »

Acresce a exigência orgânica *riserva de juiz* como modo de salvaguardar a esfera jurídica do visado através da intervenção de uma instância formal de controlo preventivo, em linha com a jurisprudência dos ordenamentos mais influentes nesta matéria,<sup>168</sup> designadamente da *Corte Costituzionale Italiana*, nas sentenças n.ºs 135/2002 e 149/2008,<sup>169</sup> e mais recentemente, da *Corte di Cassazione Italiana*, de 10 de março de 2010,<sup>170</sup> assinalando a necessidade de autorização judicial sob pena de violação do princípio da *riserva di giurisdizione* e de inutilizabilidade da prova obtida.

Tomadas estas considerações essenciais, ensaiar vias de construção de um sistema jurídico-processual que acolha o GPS como método oculto de obtenção de prova digital é uma tarefa especialmente atribulada pela sua dimensão simultaneamente *oculta* e *tecnológica*.

O problema essencial passará por reconhecer ao GPS uma natureza distinta face aos tradicionais métodos de aquisição de prova, afetando de forma distinta, mas qualificada, valores jurídico-constitucionais da liberdade de ação, da privacidade, e da autodeterminação informacional, designadamente no seu conteúdo de garantia e integralidade dos sistemas informáticos.

Ora, neste passo, a especificidade da intromissão do GPS mobilizará a norma habilitante a reconfigurar o critério de aferição da danosidade de um ponto de vista qualitativo, desconsiderando a relevância do processo de materialização no espaço físico (*protection-of-personhood version of privacy*) na sua dimensão pública/esfera não-pública e excluindo, no texto da norma, normativos de consentimento na intromissão, contrários à tendência expansiva de direitos fundamentais.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Nos termos da já mencionada Decisão do BVerfG, 27.02.2008, p. 3 do Sumário, é dito que “o acesso oculto ao sistema informático está em princípio dependente de reserva de juiz”, tradução não oficial de «[d]ie heimliche Infiltration eines informationstechnischen Systems ist grundsätzlich unter den Vorbehalt richterlicher Anordnung zu stellen.»

<sup>169</sup> Cf. Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, de 28 março de 2006, proc. n.º 26795, de acordo com a qual «[s]ono queste, e non quelle in ambito domiciliare, le riprese che possono avvenire sulla base di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, sia essa il pubblico ministero o il giudice. »

<sup>170</sup> Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, de 10 de março de 2010, proc. n.º 9667, nos termos da qual, «[l]a localizzazione mediante il sistema di rilevamento satellitare (cd. gps) degli spostamenti di una persona nei cui confronti siano in corso indagini costituisce una forma di pedinamento non assimilabile all'attività d'intercettazione di conversazioni o comunicazioni, per la quale non è necessaria alcuna autorizzazione preventiva da parte del giudice, dovendosi escludere l'applicabilità delle disposizioni di cui agli art. 266 seg. c.p.p.»

<sup>171</sup> Sobre este assunto, detalhadamente, Capítulo II.



De resto, não deixa de se considerar essencial que o texto-norma de habilitação legal do GPS como método oculto de obtenção de prova seja regulamentado em termos não excessivamente minuciosos, de modo a permitir, em concreto, um juízo de ponderação na aplicação de medida, neste campo se sugerindo a consagração de limites temporais balizados com mínimos e máximos, mas que em qualquer caso não impliquem a possibilidade de se traçar um “perfil completo do agente”.

Ora, as considerações anteriores pretendem desencadear a necessária redefinição do paradigma normativo processual penal quanto aos métodos ocultos de obtenção de prova, especialmente a propósito das formas de aquisição em ambiente digital, não tendo este estudo o propósito de traçar um regime normativo completo, mas de fornecer pistas de resposta para uma solução normativa equilibrada.

Em apertada síntese, mas sem vocação de exaustividade, condensamos o conjunto de sugestões de índole material, formal-procedimental e orgânicas que apresentámos para o acolhimento do GPS como método oculto de obtenção de prova:

- a. A integração do GPS num sistema normativo unitário e exclusivo dirigido a todos os métodos ocultos de obtenção de prova, não deixando que nenhum corra em vácuo normativo ou em lei extravagante;
- b. A construção do texto legal de forma especialmente densa, permitindo-se regular de forma *clara, detalhada e precisa* os fundamentos, fins, e limites do método de aquisição probatória, cumprindo assim a dimensão mais importante do princípio da reserva de lei material, designadamente:
  - (i) Impossibilitando a aplicação a uma realidade irrestrita de casos em termos de direito penal substantiva;
  - (ii) Impondo um crivo especialmente exigente em termos de lei penal substantiva: aplicável a crimes cuja pena máxima abstratamente aplicável seja superior a 5 anos;
  - (iii) Adotando a formulação de “fortes indícios” como condição de admissibilidade processual;
  - (iv) Impedindo a utilização cumulativa de mais do que um método oculto de obtenção de prova em ambiente digital.
- c. A irrelevância do processo de materialização no espaço físico na sua dimensão pública/esfera não-pública;
- d. A irrelevância de formas de consentimento na intromissão, afastando-se a possibilidade de inserção no normativo do art. 126.º, n.º 3, CPP;

- e. A adoção de uma formulação próxima da do art. 187.º CPP, no sentido em que a sua admissibilidade do GPS esteja dependente da existência de *[r]azões para crer que a diligência é indispensável à descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter;*
- f. A exigência orgânica *reserva de juiz* como modo de salvaguardar a esfera jurídica do visado, ordenando ou autorizando a vigilância por meio de GPS;
- g. A necessidade de se permitir, em concreto, um juízo de ponderação na aplicação de medida, consagrando-se limites temporais balizados com mínimos e máximo.

## CONCLUSÕES

A construção de uma dogmática jurídica adequada ao progresso técnico-científico do mundo digital passa por reconhecer que esta realidade reivindica a adaptação de conceitos e construções jurídicas.

A um passo, a malha normativa do sistema deve ser plástica às novas formas de obtenção de prova, sobretudo ocultas e digitais – como o GPS – que hoje se encontram à margem da Lei e ao resguardo de soluções desformalizadas.

Depois, reivindica-se a conformação das novas realidades do *ser* com os limites da lei constitucional às diversas formas de compressão de direitos fundamentais, em linha com a formulação de que *os direitos fundamentais estão abertos ao desenvolvimento*.

Em nosso entender, as alterações técnico-científicas servem de impulso à expansão da área de tutela típica de direitos fundamentais, e não ao seu contrário, seja pela reconfiguração do lastro de aplicação de direitos pré-existentes, seja pelo surgimento de novas formulações garantísticas.

Deve a plasticidade própria da estrutura dos princípios servir, por consagração normativa ou aproximação hermenêutica, como primeira e essencial resposta aos desafios do mundo da era digital, ampliando-se as áreas de proteção tipicamente consagradas.

A começar, entendemos que nenhuma restrição de direitos fundamentais implicada na utilização de métodos de aquisição probatória justifica a desproteção do mandato de reserva de lei e do princípio da legalidade, assim se exigindo legitimação material e formal-procedimental como condição para a sua admissibilidade.

A este propósito, deixámos dito que o princípio da legalidade da prova (artigo 125.º do CPP) e o instituto das proibições de prova (artigo 126.º CPP) permitem erigir condições que validade processual no contexto de um sistema de aquisição probatória genericamente proibitivo/ sob regra de permissão condicionada, que não se conforma com silêncio da lei ou “normas processuais em branco” (art. 125.º CPP).

Tanto mais nos casos em que se está perante um método oculto digital de obtenção de prova, como o GPS, que pela própria natureza comporta níveis qualificados de lesividade e de devassa que reclamam uma habilitação legal expressa especialmente específica e detalhada.

Em nosso entender, o silêncio e as lacunas da lei neste particular são sintoma de assistemáticas e fragilidades mais amplas, genericamente dirigidas aos métodos de

obtenção de prova ocultos, circunstância especialmente grave atendendo a que a realidade técnico-científica tem respaldo nas formas de cometimento de crimes.

Como é evidente, a incapacidade sucessiva de oferecer uma solução adequada e constitucionalmente conforme passa por não se perscrutar com suficiente profundidade a natureza e as características dos novos meios e métodos de obtenção de prova que surgem ao arrimo da tecnologia e da ciência.

Assim, o legislador português deixou por realizar uma necessária e aturada previsão e regulamentação de novas formas aquisitivas de prova, parecendo conformar-se com o conjunto de soluções que vão surgindo a impulso do aplicador do direito.

Neste encaço, a Lei do Cibercrime absteve-se de consagrar um edifício normativo de métodos ocultos de obtenção de prova, como em nosso entender seria devido, falhando ainda a inclusão do GPS como método oculto de obtenção de prova.

Assim, concluímos neste estudo que a específica natureza do GPS não lhe permite encontrar equivalente em forma de aquisição probatória hoje legalmente regulamentada, tratando-se assim de uma forma de vigilância digital, oculta, não dependente de comunicação, e atípica.

No essencial, defendemos a integração do GPS num sistema normativo unitário e exclusivo dirigido a todos os métodos ocultos de obtenção de prova, concretizado por um mandato de habilitação legal que regule de forma especialmente clara, detalhada e precisa os fundamentos, fins e limites deste método de aquisição probatória, cumprindo assim a dimensão mais importante do princípio da reserva de lei material e da legalidade.

Destacamos ainda a proposta de adoção de conceito presumido de *expectativa de privacidade*, em linha com uma reinterpretação da tutela da privacidade tendente à expansão da área típica de proteção de direitos fundamentais.

A final, trilhar caminho à inevitável inclusão do GPS como método de obtenção de prova em processo penal deu causa à construção de pequenas fórmulas de compreensão dos direitos fundamentais, tendencialmente mais garantísticas, o que aqui fizemos com vocação de aplicação genérica.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ALBRECHT, Hans-Jörg,**

“Vigilância das telecomunicações: análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos”, in AA.VV. *Que futuro para o direito processual penal? in Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, coordenação de Mário Ferreira Monte [et al.], Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

**ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de,**

*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.<sup>a</sup> Edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

**ALEXY, Robert,**

*Theory of constitutional rights*, trad. Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002.

**AMBOS, Kai,**

“Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán - fundamentación teórica y sistematización (Prohibitions Regarding the Use of Evidence ('Exclusionary Rules') in the German Penal Procedure - Theoretical Basis and Systematization)”, *Politica Criminal*, Vol. 4, N°7, 2009. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com>

**AMELUNG, Knut,**

*Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess. Dogmatische Grundlage individualrechtlicher Beweisverbote*, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.

**ANDRADE, José Carlos Vieira de,**

*Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, 5.<sup>a</sup> edição, Almedina, 2012.

**ANDRADE, Manuel da Costa,**

- *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, Coimbra Editora 2013.
- “Escutas telefónicas, conhecimentos fortuitos e Primeiro Ministro”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3962, Ano 139, 2010.
- *Bruscamente no Verão Passado, A Reforma do Código de Processo Penal: Observações críticas sobre uma Lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra Editora, 2009.
- “Métodos ocultos de investigação, Plädoyer para uma teoria geral”, AA.VV. *Que futuro para o direito processual penal?” in Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, coordenação de Mário Ferreira Monte [et al.], Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

**ANTUNES, Maria João,**

*Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina, 2016.

**BELEZA, Teresa Pizarro,**

*Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. 2, Lisboa, 1993.

**BELLOVIN, Steven M./ HUTCHINS, Renée M./ JEBARA,**

“When Enough is Enough: Location Tracking, Mosaic Theory, and Machine Learning, *New York University Journal of Law & Liberty*, Vol. 8:555, 2014.

**BRENNER, Susan W.,**

“Law, Dissonance and Remote Computer Searches”, *University of North Carolina J.O.L.T.*, December 1, 2012, disponível em SSRN: <https://ssrn.com>

**BRITO, José de Sousa e,**

“Sentido e valor da análise do crime”, *Textos de Direito Penal*, II, reimpress., Lisboa, AAFDL, 1999.

**CANAS, Vitalino,**

*O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Almedina, 2017.

**CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA, Vital,**

*Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, 2007.

**CASTRO, Catarina Sarmento e,**

*Direito da Informática, Privacidade e Dados Pessoais*, Coimbra, Almedina, 2005.

**CAVALLONE, Bruno,**

“Critica della teoria delle prove atipiche”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXXIII (II Serie), 1978.

**CHRISTOFFERSEN, Jonas,**

“Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights”, *Matinus Nijhoff publishers*, Leiden, 2009.

**CORREIA, Eduardo,**

“Les preuves em droit portugais”, *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1967

**CORREIA, João Conde,**

- *Contributos para a análise da inexistência e das nulidades processuais*, Coimbra Editora, 1999.

- “A distinção entre prova proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa perspectiva essencialmente Jurisprudencial”, *Revista do CEJ*, n.º 4, 1.º Semestre 2006.

**DENNIS, Erin Smith,**

“A Mosaic Shield: Maynard, the Fourth Amendment, and Privacy Rights in the Digital Age”, *Cardozo Law Review*, n.º 737, 2011.

**DIAS, Jorge de Figueiredo,**

- *Direito Processual Penal, fascículos policopiados correspondentes a Lições coligidas por Maria João Antunes, Coimbra, Faculdade de Direito, 1988/89.*
- “Para uma reforma global do processo penal português – da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais”, *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, 1985.
- “Sobre a revisão de 2007 no Código de Processo Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 18, n.ºs 2 e 3, Abril-setembro de 2008, Coimbra Editora.
- “Do princípio da “objectividade” ao princípio da “lealdade” do comportamento do ministério público no processo penal”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 128, 1995.
- “A revisão constitucional, o processo penal e os tribunais”, *Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, Lisboa, Livros Horizonte, 1981.

**DICKMAN, Bethany L,**

“Untying Knots: The Application of Mosaic Theory to GPS Surveillance in United States v. Maynard”, *American University Law Review*, Vol. 60, Article 5 (2011).

**ENGISCH, Karl,**

*Introdução ao pensamento jurídico*, 9.<sup>a</sup> edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

**ETZIONI, Amitai/ RICE, Christopher J.,**

*Privacy in a Cyber Age. Policy and Practice*, Palgrave Macmillan US, Nova York, 2015.

**FAQUIR, Raed,**

“The use of technology of global positioning system (GPS) in criminal investigation & right to privacy under the constitutional and criminal legislation in Jordan: Legal analysis study”, *International Review of Penal Law*, Vol. 84.



**FEDERICA, Iovene,**

“Satellite tailing and fundamental rights: A comparative study”, *EuCLR European Criminal Law Review*, No. 3, 2013, Volume 3.

**FERRAIOLI, Marzia,**

*Il ruolo di «garante» del giudice per le indagini preliminari*, Padova, CEDAM, 1993.

**FLORIAN, Eugenio,**

*Delle prove penale*, I, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1924.

**GASPAR, António Henriques et al.,**

*Código de Processo Penal Comentado*, 1.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2014.

**GÖSSEL, Karl-Heinz,**

“As proibições de prova no direito processual penal da República Federal da Alemanha”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fasc. 3, Set. 1992.

**HESSE, Konrad,**

*Escritos de Derecho Constitucional*, traducción Pedro Cruz Villalon, 2.<sup>a</sup> edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

**HUTCHINS, Renee M.,**

“Tied Up in Knots? GPS Technology and the Fourth Amendment”, *UCLA Law Review*, Vol. 55, No. 1, 2007.

**KOPPEL, Adam,**

“Warranting a Warrant: Fourth Amendment Concerns Raised by Law Enforcement’s Warrantless Use of GPS and Cellular Phone Tracking”, *University of Miami Law Review*, n.º 65, 1061, 2010.

**LEAVENS, Arthur,**

“The Fourth Amendment and Surveillance in a Digital World”,

*Western New England University School of Law Review*, 2015, disponível em <http://digitalcommons.law.wne.edu/> (acedido em 23.03.2017).

**LEITE, Inês Ferreira,**

“O novo regime das escutas telefónicas. Uma visão panorâmica da reforma de 2007”, *Direito da Investigação Criminal e da Prova* (coord. Maria Fernanda Palma/Carlota Pizarro de Almeida/Augusto Silva Dias/Paulo Sousa Mendes), Coimbra, Almedina, 2014.

**MACHADO, João Baptista,**

*Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 12.<sup>a</sup> reimpressão, Almedina, 2000.

**MARTINEZ, Ricard Martinez,**

*Tecnologias da la informacion, policia y Constitucion*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2001.

**MENDES, Paulo de Sousa,**

“A questão do aproveitamento probatório das declarações processuais do arguido anteriores ao julgamento”, em AA.VV., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor José Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra Editora, 2013.

**MESQUITA, Paulo Dá,**

*Processo penal, prova e sistema judiciário*, 1.<sup>a</sup> ed, Coimbra, Wolters Kluwer, 2010.

**MORÃO, Helena,**

“O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, n. °4, Out-Dez, 2006.

**MOURA, José de Souto,**

“A protecção dos direitos fundamentais no processo penal”, *I Congresso de Processo Penal. Memórias* (coord. Manuel Guedes Valente), Coimbra, Almedina, 2005.

**NEVES, António Castanheira,**

- *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.

**NEVES, Rita Castanheira,**

*As ingerências das comunicações eletrónicas em Processo Penal, Natureza e respetivo regime jurídico do correio eletrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra Editora, 1.<sup>a</sup> Edição, 2011.

**NOVAIS, Jorge Reis,**

- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004.
- *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.<sup>a</sup> Ed. Coimbra Editora, 2010.

**OSTRANDER, Benjamin M.,**

“The “Mosaic Theory” and Fourth Amendment Law”, *Notre Dame Law Review*, number 1733, 2011.

**PALMA, Maria Fernanda**

- “Tutela da vida privada e processo penal” (soluções para o conflito de valores na jurisprudência constitucional), *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora, 2007.
- *Direito Penal, Parte Geral*, AAFDL, 1994.

**PINTO, Frederico de Lacerda da Costa,**

*Direito Processual Penal. Curso Semestral, fascículos policopiados*, Lisboa: AAFDL, 1998.

**PINTO, Paulo Mota,**

“A proteção da vida privada e a Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVI, 2000.

**RAMALHO, David Silva,**

- “A recolha de prova penal em sistemas de computação em nuvem”, *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2, 2014.

- *Métodos Oculto de Investigação Criminal em Ambiente Digital*, Almedina, 2017

**RIBEIRO, Joaquim de Sousa,**

“A Tutela de bens da personalidade na Constituição e na Jurisprudência constitucional portuguesas”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Coimbra Editora.

**RODRIGUES, Anabela Miranda**

“A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no “admirável mundo novo”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 12, n.º 14, outubro-dezembro 2002.

**RODRIGUES, Benjamin Silva**

*Das Escutas Telefónicas - Tomo I, A monitorização dos fluxos informacionais e comunicacionais das escutas telefónicas*, Coimbra Editora, 2008.

**ROXIN, Claus,**

*Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2000, tr. esp. da 25ª ed. alemã realizada por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor de Straverfahrensrecht, München, C. H. Beck, 1998.

**SILVA, Germano Marques da,**

*Curso de Direito Processual Penal*, Vol. II, 5.<sup>a</sup> Edição, Lisboa Verbo, 2011.

**SILVA, Sandra Oliveira e,**

“Legalidade da prova e provas proibidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2011, Ano 21, n.º 4.

**SURDEN, Harry,**

“Machine Learning and Law”, *89 Washington Law Review* 87 (2014).

**SYDOW, Fritz,**

*Kritik der Lehre von den Beweisverboten*, Würzburg, Univ., Diss., 1976

## **ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA**

### **JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

#### **Tribunal Constitucional**

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 403/2015, de 27 de agosto de 2015, proc. 773/15,

Relator Conselheiro Lino Rodrigues Ribeiro.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 324/2013, de 4 de junho de 2013, proc. 87/12,

Relatora Conselheira Maria João Antunes.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 486/2009, de 28 de setembro de 2009, proc. 4/09,

Relator Conselheiro Cura Mariano.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 230/08, de 21 de abril de 2008, proc. 396/07,

Relatora Maria Lúcia Amaral.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007, de 2 de março de 2007, proc. 695/06,

Relator Conselheiro Gil Galvão.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, de 5 de dezembro de 2003, proc.

594/03, Relator Conselheiro Benjamim Rodrigues.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 368/2002, de 25 de janeiro de 2002, proc. 577/98,

Relator Artur Maurício.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 306/2003, de 25 de junho de 2001, proc. 382/03,

Relator Mário Torres.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 128/1992, de 01 de abril de 1992, Proc. 260/90,

Relator Messias Bento.

#### **Supremo Tribunal de Justiça**

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 8 de janeiro de 2014, proc.

7/10.0TELSB.L1.S1, Relator Armindo Monteiro.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 13 de novembro de 2013, proc. n.º

73/12.3TTVNF.P1.S, Relator Mário Belo Morgado.

### **Tribunal da Relação de Évora, Porto e Lisboa**

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5 de dezembro de 2016, proc. n.º 20/14.8T8AVR.P1, Relator Domingos Morais.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de abril de 2016, proc. 2903/11.8TACSC.L1-3, Relator Carlos Almeida.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 20 de janeiro de 2015, proc. 648/14.6GCFAR-A.E1, Relator João Gomes de Sousa.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de setembro de 2014, Proc. 431/13.6TTFUN.L1-4, Relator Jerónimo Freitas.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08 de setembro de 2014, proc.º n.º 101/13.5TTMTS.P1, Relatora Maria José Costa Pinto.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21 de março de 2013, proc. 246/12.9TAOAZ-A.P, Relator Joaquim Gomes.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de outubro de 2008, proc. 2005/08-1, Relator Martinho Cardoso.

### **JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA**

#### **Jurisprudência Norte Americana**

Decisão do Supremo Tribunal do Wisconsin, 13 de junho de 2016, Caso State v. Loomis, Proc. 881 N.W.2d 749.

Decisão do Supremo Tribunal Norte-Americano, 23 de janeiro de 2012, Caso United States v. Jones 565 U.S.

Decisão do Tribunal de Apelação Norte Americano, 11 de janeiro de 2010, 9.º Distrito, Caso United States v. Pineda-Moreno, 591 F.3d 1212.

Decisão do Tribunal Distrital de Nova Iorque, 12 de maio de 2009, Caso People v. Weaver, 12 N. Y. 3d 433, 441–442, 909 N. E. 2d 1195, 1199.

Decisão do Tribunal Federal Norte-Americano, 10 de janeiro de 2007, 7.º Distrito, Caso United States v. Garcia, 474 F.3d 994.

Decisão do Tribunal Distrital de Maryland, 28 de janeiro de 2004, Caso United States v. Berry, 300 F. Supp. 2d 366.

Decisão do Supremo Tribunal de Washington, 11 de setembro de 2003, Caso State v. Jackson, no. 72799-6.

Decisão do Supremo Tribunal Norte-Americano, 01 de janeiro de 1998, Caso United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press, 489 U.S.

Decisão do Supremo Tribunal Norte Americano, 06 de dezembro de 1982, Caso United States v. Knotts, 460 U.S. 276 (1983)

Decisão do Supremo Tribunal Norte-Americano, 02 de abril de 1979, Caso United States v. Caceres, 440 U.S. 741.

### **Jurisprudência Alemã**

Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 20 de abril 2016, 1 BvR 966/09.

Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 27 de fevereiro de 2008, 1 BvR 370/07 1 BvR 595/07.

Decisão do Tribunal Federal de Justiça Alemão 31 de janeiro de 2007, Beschl. StB 18/06.

Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 2 de março de 2006, 2 BvR 2099/04 - Rn. (1-142).

Decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 12 de abril de 2005, 2 BvR 581/01.

Decisão do Tribunal Federal de Justiça Alemão de 2 de fevereiro de 1964, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1964.

### **Jurisprudência Italiana**

Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, V Se, 10 de fevereiro de 2016, proc. n.º 5550.

Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, Sez. II, 21 de maio de 2013, proc. n.º 451/2012.

Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, Seção 1, 19 de abril de 2012, proc. n.º 28997.

Decisão do Tribunal de Cassação Italiano, Sez. V, 10 de março de 2010, proc. n. 9667.

### **Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 07 de julho de 2011, Caso SERKOV V. UKRAINE.

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 2 de setembro de 2010, Caso UZUN VERSUS ALEMANHA

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 10 de fevereiro de 2009, Caso IORDACHI E OUTROS V. MOLDOVA.



Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 19 de junho de 2006, Caso  
WEBER E SARAVIA V. ALEMANHA.

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 25 de setembro de 2001, Caso  
J.H. V. THE UNITED KINGDOM

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 3 de maio de 2001, Caso J.B.  
VERSUS SUÍÇA

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 15 de junho de 1992, Caso LUDI  
V. SWITZERLAND.

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 24 de abril de 1990, Caso  
KRUSLIN Y HUVIG V. FRANCE

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, 24 de abril de 1990, Caso HUVIG  
VERSUS FRANÇA E KRUSTIN VERSUS FRANÇA

Decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, de 2 de agosto de 1984, Caso  
MALONE VERSUS REINO UNIDO

### **Outros**

Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de dezembro de 2016, Caso  
Secretary of State for Home Department v Tom Watson and Others, Proc. C-698.

Decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 21 de dezembro de 2016, Caso  
Tele2 Sverige AB, Proc. C-203/15.

Decisão do Tribunal de Cassação (França), de 07 de junho de 2016, *Chambre Criminelle*,  
proc. n.º 15-87755.

## ÍNDICE GERAL

Declaração de Compromisso Antiplágio.....	ii
Convenções e Advertências.....	v
Siglas e Abreviaturas.....	vi
Resumo.....	vii
<i>Abstract</i> .....	viii

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
-------------------------	----------

<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>4</b>
-------------------------	----------

<b>CONDIÇÕES DE VALIDADE PROCESSUAL E MÉTODOS OCULTOS DE OBTENÇÃO DE PROVA.....</b>	<b>4</b>
---	----------

1. As proibições de prova como condição de validade processual..... 4
2. Legalidade, Reserva de Lei e *como o silêncio não autoriza a prática*..... 10
3. Métodos de obtenção de prova atípicos, modelo processual penal português e reserva de lei..... 18
4. Métodos Ocultos de Obtenção de prova: requisitos materiais, procedimentais e orgânicos..... 22
5. Nota Conclusiva ..... 27

<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>30</b>
-------------------------	-----------

<b>GPS COMO MÉTODO DE OBTENÇÃO DE PROVA: NATUREZA E ESPECIFICIDADES.....</b>	<b>30</b>
--	-----------

1. Enquadramento..... 30
2. A natureza do GPS como Método de Obtenção de Prova: A sua dimensão extrassensorial e a relevância da “Teoria do Mosaico” ..... 32
3. Modelos de compreensão de direitos fundamentais: a experiência americana, germânica e italiana no tratamento teórico-dogmático do GPS ..... 43
  - 3.1. Desmaterialização da devassa: a (ir)relevância da intromissão física na dimensão da danosidade ..... 45
  - 3.2. Privacidade, Liberdade de Ação e Autodeterminação Informativa: *protection-of-personhood version of privacy* e *mundo post-katz*..... 46
4. Nota Conclusiva ..... 52

<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>54</b>
---------------------------	-----------

<b>CONTRIBUTOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UM REGIME .....</b>	<b>54</b>
---	-----------

1. Atipicidade do GPS como método oculto de obtenção de prova não dependente de comunicação .....	54
2. O Código de Processo Penal não consagra o GPS como método de obtenção de prova .....	56
3. A Lei do Cibercrime não consagra o GPS como método oculto de obtenção de prova .....	60
4. Da desadequação das normas de direito processual penal à prova eletrónica e da proposta de construção de um regime habilitante .....	66
 <b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>73</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>75</b>
<b>Índice de Jurisprudência .....</b>	<b>84</b>